THÈSE DE
CAEN.
18 92
N°. 6.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES

SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

DROIT FRANÇAIS

DES

DISPOSITIONS CONDITIONNELLES

QUI ÉCHAPPENT

A LA PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

EDMOND HERMANCE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ LIBRE DE LILLE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548413_0001

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

MM. VILLEY, doyen, professeur d'Économie politique et de Droit constitutionnel ;
CAREL, professeur de Code civil ;
TOUTAIN, professeur de Droit administratif ;
GUILLOUARD, professeur de Code civil ;
LAISNÉ-DESHAYES, professeur de Droit romain ;
JOUEN, professeur de Code civil ;
LEBRET, professeur, chargé du cours de Législation financière et de Droit criminel ;
DANJON, professeur de Droit commercial et de Droit maritime ;
CABOUAT, professeur de Procédure civile et de Législation industrielle ;
GAUCKLER, professeur de Droit romain et de Pandectes ;
AMBROISE COLIN, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français ;
CARRÉ DE MALBERG, agrégé, chargé du cours de Droit international public et privé ;
BIVILLE, agrégé, chargé du cours d'Éléments du Droit constitutionnel et du cours complémentaire de Code civil.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DANJON, *professeur*.

Suffragants . . . . . MM. TOUTAIN, *professeur*.
JOUEN, *professeur*.
BIVILLE, *agrégé*.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES

SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

DROIT FRANÇAIS

DES

DISPOSITIONS CONDITIONNELLES

QUI ÉCHAPPENT

A LA PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 7 novembre 1892, à 3 heures 1/2.

PAR

EDMOND HERMANCE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ LIBRE DE LILLE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

A MON PÈRE ET MA MÈRE

A MES GRANDS-PARENTS

A MA PETITE SŒUR

A MA FAMILLE

A MES MAITRES

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE.

Une libéralité m'est faite, mais une charge y est ajoutée ; je dois conserver les biens qui en font l'objet jusqu'au jour de ma mort, et à cette époque les rendre à une tierce personne, si elle est capable de les recueillir. Je suis le fiduciaire ou grevé. Le tiers bénéficiaire est le fidéicommissaire ou appelé. La charge de restitution qui m'incombe est dite : clause de substitution. L'opération juridique en son ensemble constitue la substitution fidéicommissaire (1).

Substitution fidéicommissaire, clause de substitution, grevé, appelé : autant d'expressions étrangères à la langue juridique des Romains. C'est que le droit romain ne connut jamais la théorie spéciale de la substitution. Celle-ci n'était à Rome qu'une variété de fidéicommis (*fideicom-*

(1) Gaïus, Institutes, livre II, paragraphe 277.
(1) Institutes de Justinien, livre II, tit. 16, p. 9 ; tit. 20, par. 35.

mis post mortem) et rentrait par conséquent dans la théorie générale du fidéicommis. L'ancien droit français, isolant des autres le *fideicommis post mortem,* le fit servir à un usage juridique précis et conforme aux besoins de l'époque. Il y eut dès lors une théorie spéciale à la clause de substitution : elle eut ses lois et son langage juridique.

Pour la clarté et la commodité de l'exposition, nous employerons ce langage qui, pour n'être pas celui des jurisconsultes romains, exprime cependant avec exactitude l'idée générale de notre institution, dans le droit romain lui-même.

§ 1. — Elle est une substitution

En matière de testament, à Rome, substituer, en un sens rigoureux, c'est faire une *institution* d'héritier subordonnée à l'efficacité ou à la non efficacité d'une autre *institution* d'héritier.

Ainsi dans cette substitution vulgaire, *Titius heres esto, si Mœvius heres non erit*, l'institution de Titius est subordonnée à la non efficacité de l'institution de Mœvius.

Ainsi encore, dans toute substitution pupillaire : « Que Titius soit héritier de mon fils, si mon fils meurt avant sa puberté ». Si Titius est héritier de mon fils, c'est parce que j'ai testé ; le bénéfice de son institution est subordonné à l'efficacité de mon testament et de l'institution d'héritier qu'il contient.

Mais, en un sens plus large, substituer, c'est faire toute *disposition* testamentaire destinée à produire effet soit à défaut d'une autre disposition soit après une autre *disposition*.

Ainsi, dans cette substitution vulgaire: « que Titius soit mon légataire si Mœvius ne l'est pas », la disposition en faveur de Titius vaut à défaut de la disposition en faveur de Mœvius.

Ainsi encore, dans notre substitution fidéicommissaire, car la disposition faite en faveur de l'appelé ne vaudra qu'après la disposition prise en faveur du grevé.

Substituer, c'est donc tantôt *sub-instituere*, c'est-à-dire faire une institution d'héritier dont le sort dépende d'une autre institution, tantôt et d'une manière moins étroite, *sub-statuere*, c'est-à-dire faire une disposition testamentaire destinée à produire effet soit à défaut d'une autre disposition soit après une autre disposition.

Dans notre clause de substitution le testateur dispose (*statuit*) en faveur d'un fiduciaire et sous dispose (*sub statuit*) en faveur du fidéicommissaire (1).

Nous n'avons insisté sur cette question de terminologie que pour avoir l'occasion de définir la substitution vulgaire et la substitution pupillaire.

Essayons de donner une idée sommaire des différences qui séparent ces trois substitutions. Nous pourrons

(1) Aussi nombre de textes désignent notre *fideicommis post mortem* par le mot substitution. Citons entre autres : loi 87, p. 2. D. *de leg.* 2° ; loi 83, p. 1. *de leg.* 3° ; loi 57, p. 2, liv. 36, t. 1er ; Nov. 159 ; chap. 2 ; loi 3, p. 2, Code, liv. 6, titre 43.

par là nous faire dès maintenant une idée de la place juridique occupée par notre institution.

Par la substitution pupillaire, un *paterfamilias* institue un tiers héritier de son fils pour le cas où celui-ci mourrait avant d'avoir atteint la puberté.

Le tiers substitué pupillairement est *héritier*, nous le savons déjà ; c'est une différence avec notre substitué fidéicommissaire qui n'est qu'un bénéficiaire. En outre, le substitué pupillaire est l'héritier du fils et partant recueille tous ses biens. C'est le père qui dispose, c'est le père qui teste et cependant, par une remarquable dérogation aux principes, c'est l'impubère qui, en droit, sera l'auteur de l'institution faite en faveur du substitué pupillaire. Sans doute, le testament du fils n'est qu'un fragment de l'hérédité du père ; sans doute, en fait, le substitué ne peut pas tenir ses droits de l'impubère ; il n'en est pas moins, en droit, son ayant cause.

Dans la substitution fidéicommissaire, à l'inverse, d'une part, le fidéicommissaire n'est pas héritier. Le seul héritier, c'est l'héritier primitif qui, à Rome, était investi définitivement et pour toujours de la qualité d'héritier. Même obligé à la restitution de l'hérédité toute entière, il conserve son titre abstrait d'héritier ; pratiquement, il n'en ressent, au moins pécuniairement, ni les avantages, ni les inconvénients. En droit il est héritier. Le substitué auquel il restitue n'est que bénéficiaire.

Et il est le bénéficiaire du disposant. Le droit de l'ap-

pelé prend sa source dans la disposition faite par le testateur. Le premier gratifié restituera parce que le testament le lui ordonne. Le testament, voilà la cause du droit de l'appelé. Or, ce testament émane du substituant. Donc, l'appelé tient la cause de son droit, est l'ayant-cause du substituant. Sans doute le titre d'acquisition de l'appelé émanera du premier bénéficiaire ; c'est de ses mains, en effet, qu'il va recueillir les biens héréditaires. Mais ces biens lui seront remis en vertu d'une cause indépendante de la volonté du grevé ; ils ne lui seront pas transmis en vertu d'une cause nouvelle.

Le substitué pupillaire est héritier ; le substitué fidéicommissaire ne l'est pas. Le substitué pupillaire tient ses droits de l'impubère qui n'a pas disposé. Le substitué fidéicommissaire tient ses droits du testateur disposant.

Le substitué vulgaire peut, lui aussi n'être pas héritier. Quand il recueille le bénéfice de la substitution. il tient, lui aussi, ses droits du testateur disposant. Mais, et c'est une différence capitale, le substitué vulgaire vient à défaut d'un autre recueillir les biens héréditaires ; le substitué fidéicommissaire n'est appelé aux biens qu'après un autre. Dans la substitution vulgaire, il faut que le premier gratifié n'ait pas recueilli. La substitution fidéicommissaire suppose un premier bénéficiaire qui a recueilli les biens, les a gardés sa vie durant et en opère la restitution aux mains d'un second bénéficiaire.

Et ces différences trouvent leur explication naturelle

dans le but différent lui-même que poursuivent ces trois substitutions.

Donner un héritier au fils du testateur, voilà le but essentiel de la substitution pupillaire.

Donner un héritier au testateur lui-même, voilà le but de la substitution vulgaire.

Procurer à un tiers qui n'est pas héritier ou légataire la même situation que s'il eût été institué ou gratifié; mais ne la lui procurer qu'après la mort de l'héritier ou du légataire directement gratifié : voilà le but de notre substitution fidéicommissaire.

Si le but est différent, les moyens à employer pour y parvenir ne le sont assurément pas moins. La substitution vulgaire et la substitution pupillaire sont conformes en tous points à l'esprit du droit civil : elles tendent à empêcher l'ouverture des successions *ab intestat*. La mise en œuvre des principes du droit civil suffira donc à assurer l'exécution de la substitution vulgaire et de la substitution pupillaire. Une institution d'héritier ou un legs conditionnel la réaliseront.

Ce que veut le testateur qui fait une substitution fidéicommissaire c'est rendre héritier ou légataire d'abord le grevé, puis, à la mort du grevé, l'appelé.

Résultat évidemment impossible par l'institution d'héritier. La règle *semel heres, semper heres*, formait obstacle, nous l'avons déjà vu, à ce que la qualité d'héritier existât d'abord au profit du grevé, puis au profit de l'appelé. L'institution d'héritier si je puis ainsi dire, im-

prime caractère. Être héritier, c'est l'être pour toujours.

Le legs pour le moment de la mort de l'héritier était sans doute valable ; il pouvait dans une certaine mesure réaliser le but que poursuit notre substitution fidéicommissaire. L'héritier gardait les biens sa vie durant ; à sa mort, il devait les restituer au légataire. Mais tout legs exigeait la conception du légataire au moment de la confection du testament. Obstacle très fréquent à notre substitution fidéicommissaire où le disposant gratifie pour l'avenir des personnes incertaines. De plus, les Romains ne connaissaient pas le legs universel ; le légataire, à Rome, ne succède en rien à l'*universum jus defuncti*. Avec le legs, pas de substitution fidéicommissaire universelle possible. Et ce fut la plus fréquente et la plus pratique.

Le legs partiaire, à la vérité, investissait le légataire d'une quote-part de l'hérédité. Mais il était tombé en désuétude avec les *Sacra privata* qu'il avait pour but de perpétuer.

Les Romains auraient pu, transformant sa nature, lui faire réaliser les réformes qu'opéra notre substitution. Ils ne le firent pas. Quand se fit sentir le besoin de notre institution, sous le règne de l'empereur Vespasien, ils préférèrent au legs partiaire vieilli et qui n'avait plus sa raison d'être, un procédé juridique récemment rendu obligatoire, vu avec une faveur de plus en plus grande, et qui, en maintes circonstances, avait permis au droit individuel de manifester son existence, soit à l'encontre

de l'ancienne législation qui ne correspondait plus à l'état actuel des mœurs, soit à l'encontre des mesures nouvelles et impopulaires qu'Auguste avait prises pour assurer la moralité de Rome en dépit des Romains. Ils recoururent au fidéicommis.

§ 2. — Elle est un fidéicommis.

Et c'était bien au fidéicommis qu'ils devaient recourir.

Ce que veut le disposant dans notre substitution, c'est organiser sa succession deux fois, c'est affirmer son droit de propriété individuelle même après sa mort en réglant le sort de ses biens pour le jour de la mort de son premier gratifié. Il agit ou bien dans l'intérêt de l'appelé qu'il veut prémunir contre les dilapidations du grevé ou les captations de testament si fréquentes à Rome à l'époque impériale, ou bien dans son intérêt ou dans l'intérêt de sa famille, pour régler en maître la succession du grevé, pour assurer la conservation de sa fortune dans telle branche de la famille. Il va même jusqu'à ordonner à l'appelé de restituer les biens à un second appelé ; il peut ordonner au second de restituer à un troisième et ainsi de suite.

En tous cas, qu'il agisse dans l'intérêt de l'appelé, dans son intérêt à lui, ou dans l'intérêt de la famille, il affirme toujours son droit de disposer individuellement, dans l'intérêt personnel de sa fortune et de sa famille.

Nous sommes donc loin de la conception primitive du droit de tester envisagé comme une concession de la cité.

Or, c'est précisément la législation des fidéicommis qui a permis au testateur de manifester son droit individuel à disposer de ses biens dans son intérêt. Esquissons à grands traits l'histoire du fidéicommis et montrons quelle place occupe dans son évolution notre clause de substitution.

Le droit de l'individu ne pouvait évidemment pas se manifester à cette époque primitive où d'après des conjectures récentes la famille était, du vivant même du *de cujus*, co-propriétaire de ses biens et participante à son culte.

A l'époque de la loi des XII Tables le droit de tester est une concession de la cité. Ce qu'il faut en instituant un héritier, c'est assurer à la cité un digne continuateur des traditions domestiques et religieuses de la famille romaine, *des sacra privata*. Le testament est plus un acte religieux et politique qu'un acte réglant les intérêts pécuniaires. La liberté de tester existe, mais le disposant ne la puise pas dans son droit individuel de faire de ses biens tel usage que bon lui semble ; il l'exerce dans l'intérêt de la cité.

Tel était le droit à cette époque où l'individu ne vivait que pour la famille et la famille que pour la cité. Mais avec les progrès de la civilisation, le sentiment individualiste se développa. Le père vit dans son fils l'enfant qui

lui appartient plus que le citoyen qui appartient à Rome. Il vit dans ses biens sa propriété personnelle ; il en voulut disposer pour lui, non pour la cité. Et la liberté de tester primitivement octroyée par la cité fut de plus en plus considérée comme un droit personnel au testateur qui dispose d'après ses affections présumées. Le droit individuel prit naissance. Le droit du préteur facilita son développement en modifiant la législation civile. Mais, à raison de l'esprit foncièrement conservateur du peuple romain, le cadre de l'ancienne législation fut entièrement conservé. Et ce fut le Magistrat de la cité qui, lui-même, prit soin de l'élargir, sans le briser. Jamais le préteur n'aurait osé porter atteinte directe aux lois du droit civil en matière de capacité ; jamais il n'aurait reconnu force légale à une manifestation de volonté entièrement dépourvue de formes.

Aussi les testateurs s'efforcèrent-ils de réaliser par eux-mêmes ce progrès du droit individuel. Ils disposèrent en faveur de personnes étrangères à la cité. Ils s'efforcèrent d'éluder les incapacités de la loi Voconia ; plus tard, celles des lois caducaires. Ils gratifièrent des personnes incertaines.

Les premières manifestations du droit individuel furent d'abord très timides. Elles apparurent sous forme de simples prières. Les mœurs les favorisèrent entièrement et les fidéicommis furent scrupuleusement exécutés.

Mais jusqu'ici, le fidéicommis n'a pu être qu'un procédé pour laisser par un moyen détourné et extra-légal :

« l'interposition de personnes », une hérédité ou un objet particulier à un incapable. Les testateurs ne songent pas encore à éluder le principe de la perpétuité de la qualité d'héritier. C'est que les *sacra privata* qui avaient été la raison d'être de cette perpétuité étaient encore maintenus par l'aristocratie plus par intérêt que par conviction : la perpétuité du culte assurait la perpétuité des biens. Et d'ailleurs, le fidéicommis n'était pas un instrument juridique assez précis ; les procédés de restitution du fidéicommis universel étaient trop imparfaits pour que le fidéicommis pût servir à l'organisation d'une dévolution testamentaire spéciale.

L'Empire va puissamment aider au développement du droit individuel. Mais il prendra, bien entendu, grand soin de le réglementer tout en le reconnaissant. Auguste reconnut ou plutôt permit à un magistrat spécialement désigné à cet effet, (*prætor fideicommissarius*), de reconnaître force obligatoire au fidéicommis.

Entré dans la législation, le fidéicommis dut se conformer aux principes du droit nouveau. A partir de Vespasien et d'Adrien, les incapables en principe ne purent être gratifiés par fidéicommis.

Dès lors, le rôle du fidéicommis changea. Le fidéicommis particulier perdit tout caractère original et tendit à se confondre, nous le verrons, avec le legs *per damnationem*. Mais le fidéicommis universel subit une transformation complète et acquit une importance considérable.

Les principes du droit civil nouveau étaient très favorables à l'extension de l'individualisme manifesté à l'encontre du droit de la cité par le fidéicommis. La législation impériale s'empara du fidéicommis universel, lui permit d'éluder les principes étroits et formalistes du droit ancien, et une législation testamentaire nouvelle basée sur le droit de l'individu fut organisée parallèlement à l'ancienne par les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien.

D'un autre côté, l'ancienne législation était de plus en plus élargie.

Si bien que Justinien va pouvoir opérer la fusion des deux législations et sanctionner définitivement une législation testamentaire unique reposant sur le droit individuel.

Nous ne pouvons évidemment pas suivre le fidéicommis universel dans la série des transformations qu'il subit avant de devenir une véritable succession testamentaire. Nous devons ici, au point de vue spécial de notre clause de substitution, montrer comment il servit à éluder la règle « *semel heres, semper heres* », sur laquelle reposait le système successoral ancien.

Cette règle de la perpétuité de la qualité d'héritier jointe à cette autre règle que l'institution d'héritier est « *caput et fundamentum hereditatis* » rendait l'héritier maître absolu du sort du testament. S'il répudiait, il faisait tomber le testament tout entier. S'il allait à l'hérédité, il était investi à lui seul et pour toujours du patrimoine hé-

réditaire. Ce n'était pas seulement aux biens qu'il succédait, c'était à la personne juridique et sociale du testateur.

Or, l'idée du droit nouveau, c'est que le disposant teste non pour donner à la cité un continuateur de ses traditions, mais bien pour régler le sort de sa fortune d'après ses affections. Pour réaliser cette idée, on utilisa le fidéicommis universel.

Pour respecter le droit civil, l'héritier désigné par le testament conserva le titre abstrait d'héritier et la règle *semel heres semper heres* fut nominalement sauvegardée. Mais, soit de suite, soit au bout d'un certain temps, il dut opérer la restitution des biens entre les mains du fidéicommissaire. Et, depuis le sénatus-consulte Trébellien, cette restitution s'opéra de plein droit au bout du temps fixé.

L'héritier cependant, par sa répudiation, conservait la faculté d'écarter à son gré le successeur *in universum jus* choisi par le défunt. On le contraignit à faire adition d'hérédité, en lui permettant toutefois de conserver le 1/4 des biens qu'il devait restituer.

Il pourrait sembler dès lors que la volonté du défunt ait reçu pleine satisfaction. Qu'il charge son héritier de remettre à l'époque de son décès les biens qu'il lui a laissés, et il va pouvoir (ce sera notre substitution) régler même la succession de son héritier. Bien plus, qu'il charge l'appelé de restituer à son tour au jour de sa mort, et ainsi de suite pour les second, troisième... appelés,

et ne pourra-t-il pas régler à volonté et à perpétuité, au jour de sa mort, le sort de ses biens ?

Non pas, car il faudrait pour cela (et nous touchons ici à la vraie nature de notre clause de substitution) qu'il pût garantir l'*inaliénabilité* des biens entre les mains des gratifiés successifs. Or, cela n'est pas possible. Car, à Rome, rendre propriétaire, c'est rendre propriétaire pour toujours. Tout ce qu'a pu faire le disposant en rendant propriétaire le grevé, c'était l'*obliger* à restituer les biens au jour de sa mort. L'héritier peut aliéner à son gré, il est propriétaire. L'appelé devenu *créancier* au jour de la mort du grevé ne pourra protester contre l'aliénation que par une insuffisante action en dommages-intérêts. Ce qu'a voulu le disposant, c'est créer deux propriétaires temporaires successifs. Il ne l'a pas pu.

Dès l'époque classique cependant, à raison de la faveur toute particulière accordée en matière de fidéicommis à l'intention du testateur, il fut dérogé (nous verrons dans quelle mesure) à ces principes rigoureux.

Sous Justinien, la réforme est complète. La propriété temporaire est possible. L'appelé devenu propriétaire a l'action réelle. Et le disposant va pouvoir, au jour de son décès, distribuer à son gré, pour toujours, sa fortune et frapper ses biens d'une inaliénabilité complète entre les mains de ses gratifiés successifs. Nous aurons à nous demander seulement si Justinien n'a pas limité à 4 générations cette faculté d'organiser en maître la répartition de sa fortune au jour de sa mort.

PREMIÈRE PARTIE

LA PERSONNE DU DISPOSANT

CHAPITRE PREMIER

FORMALITÉS DE LA SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE

Notre substitution étant un fidéicommis est l'expression de la volonté pure et simple du *de cujus* (1). Que le disposant ait manifesté expressément son intention libérale ou qu'il se soit borné à la laisser entendre ; qu'il ait eu recours à la solennité des actes juridiques ou qu'il ait manifesté sa volonté dernière dans un simple écrit, par un simple geste, il n'en doit pas moins être obéi. Notre substitution est expresse ou tacite ; elle résulte d'une manifestation quelconque de notre dernière volonté. Elle différait donc profondément du legs et de l'institution d'héritier qui tous deux exigeaient un testament pour leur validité (2).

(1) Loi 22, Code, livre 6, titre 42. — Ulpien, *Règles*, XXV, 3. — Loi 21, D. *de legatis*, 3°.

(2) Ulpien, *Règles*, XXIV, 1. — Institutes, liv. II, t. 23, § 10, *in fine*.

Tel fut du moins le droit jusqu'à Théodose II. Il était, de tous points, conforme à la nature originaire du fidéicommis (1). Celui-ci avait été, nous l'avons vu, la manifestation du droit de l'individu contre une loi faite toute entière dans l'intérêt de la cité. Le fidéicommis avait un caractère extra-légal ; nous pourrions presque dire anti-légal. Mais il était entièrement conforme aux mœurs. Aussi progressa-t-il très rapidement et l'autorité d'Auguste intervint pour lui reconnaître force légale (2). Mais du moment où le fidéicommis entrait dans le domaine juridique, la législation impériale qui avait reconnu le droit de l'individu intervint, conformément à son esprit général, pour le réglementer. Le fidéicommis devint peu à peu une disposition de dernière volonté soumise à des prescriptions législatives déterminées et perdit le caractère d'indépendance absolue qui avait été sa raison d'être primitive (3). Ce fut Théodose II qui, au point de vue spécial des formalités requises, intervint pour poser les conditions nécessaires à la validité du fidéicommis (4).

Dès lors, le fidéicommis particulier se rapprocha de plus en plus du legs, et cela d'autant mieux que la législation sur les legs gagnait en liberté ce que le fidéicommis perdait en indépendance (5).

(1) Cicéron, *In Verrem*, II, 1, 47. — G., II, 285.
(2) Institutes, liv. II, tit. 23, § 1er.
(3) Gaius, II, 285, 286.
(4) Loi 8, § 3, Code, liv. 6, tit. 36 ; Loi 7, § 2, Code Théodosien, livre 4, titre 4.
(5) Ulpien, Règles, liv. 24 tit. XI, a. Gaius, II, 218.

De même d'ailleurs que le fidéicommis particulier tendait à se confondre avec le legs (1) ; de même le fidéicommis universel, grâce à son organisation juridique rendue très complète par les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, tendit à devenir en tous cas une véritable succession héréditaire (2). Il fut soumis, sous Théodose, aux mêmes conditions de forme que le fidéicommis particulier.

Sous Justinien, l'évolution est achevée. La substitution fidéicommissaire à titre particulier est un legs. La substitution fidéicommissaire universelle est toujours une succession héréditaire (3). Les conditions de forme sont les mêmes pour les legs et pour les fidéicommis, pour les fidéicommis particuliers et pour les fidéicommis universels. Elles sont même moins rigoureuses que sous Théodose.

Entrons maintenant dans les détails de la législation romaine sur les formalités exigées pour les substitutions fidéicommissaires. Nous allons rencontrer forcément beaucoup de règles communes à tous les fidéicommis. Nous les signalerons très brièvement, nous réservant d'insister sur les dispositions spéciales à notre clause de substitution.

Nous nous occuperons successivement des substitu-

(1) G. II, 253.

(2) G. II, 254, 256. — Ulpien, *Règles*, titre 25, § 14, 15, 16.

(3) Institutes, livre II, titre 20, *de legatis*, par. 3. — Loi 1re, Dig. *de leg.* 1° (livre 30). — Loi 2, Code, liv. 6, titre 43.

tions fidéicommissaires expresses et des substitutions fidéicommissaires implicites.

Section I. — Substitutions expresses.

Notre substitution, comme tout fidéicommis est, par nature, une disposition testamentaire et c'est la dernière volonté du disposant dont la libre manifestation est ainsi autorisée (1). Nous verrons cependant, dans un chapitre spécial, que depuis Dioclétien, grâce à l'extension particulière que reçut la donation *sub modo*, on peut réaliser, par donation entre-vifs, notre substitution fidéicommissaire (2). Ne nous occupons, pour l'instant, que du fidéicommis *post mortem* proprement dit. Distinguons 3 périodes : a) avant Théodose ; b) de Théodose à Justinien ; c) droit de Justinien.

§ 1. — Avant Théodose.

Comme la donation qui ne reçoit d'existence définitive qu'à la mort du disposant est un acte de dernière volonté, rien de plus naturel que, à raison de sa nature de succession, elle puisse contenir un fidéicommis. Notre substitution sera possible par *donation mortis causâ* (3).

(1) Loi 2, Dig. liv. 30, *de legatis*, 1°.
(2) Loi 3, Code, liv. 8, t. 45, *de donationibus quæ sub modo...*
(3) Loi 77, D. *de legatis*, 2° parag. 1er. — Loi 1, Code *De donationibus mortis causâ*, liv. 8, t. 57.

Insérée dans un *testament*, elle jouira des faveurs réservées au fidéicommis (1). Elle pourra dès lors indifféremment précéder, accompagner ou suivre l'institution d'héritier (2). Mais d'ailleurs, par la force des choses, comme elle est partie inhérente du testament, son efficacité sera subordonnée à l'efficacité du testament lui-même. Que l'institution d'héritier demeure sans effet, et la substitution disparaît avec l'institution de qui, seule, elle tirait toute sa force. A moins toutefois que le testateur n'ait, par une expresse manifestation de volonté (3), déclaré qu'il entendait que ses dispositions fussent, au cas d'invalidité de son testament, exécutées comme fidéicommis. Cette clause, *clausula codicillaris*, fut validée par le droit impérial : elle marque un progrès sérieux du droit de tester envisagé comme droit individuel en la personne du testateur.

Un *codicille* ou écrit quelconque, confirmé ou non par testament, assure la validité de notre substitution, si la dernière volonté du disposant est clairement manifestée (4). Une parole, un simple geste suffisent à donner force exécutoire à cette disposition. La dernière volonté du disposant, voilà ce qu'il faut uniquement envisager : c'est dire que la *succession ab intestat* pourrait, aussi

(1) Loi 77, pr. *de legatis*, 2°. — Ulpien, Reg. XXV, 8.
(2) Institutes, p. 2, liv. II, t. 22. — Loi 3 pr. D. liv. 2° t. 1er.
(3) Loi 1, *de jure codic.*, liv. 29, titre 7.
(4) Institutes, livre II, titre 25 *principium*. — Loi 37, D. *de legatis*, 3b, par. 3.

bien que la succession testamentaire être grevée de fidéicommis (1).

§ 2. — De Théodose à Justinien.

Entré dans le domaine juridique, le fidéicommis fut d'abord réglementé quant aux règles de fond. Sa forme libre et indépendante fut plus longtemps respectée. Constantin apporta à cette liberté absolue une première atteinte en exigeant pour la validité du codicille non confirmé par testament la présence de 7 ou au moins de 5 témoins (2). Mais ce fut Théodose II qui confirma et généralisa la constitution de Constantin en l'étendant à toute affirmation d'une déclaration de dernière volonté (3). La présence de 7 témoins est de rigueur; l'acte, de plus, doit être fait en un seul jour.

§ 3. — Droit de Justinien.

Justinien commença par appliquer la constitution de Théodose, sous la réserve de quelques modifications de détail sans intérêt. Puis, en l'an 531, se conformant en cela à l'esprit général de sa réforme sur les fidéicommis, il assimila les legs aux fidéicommis et suivit pour l'institution juridique qui résulta de cette fusion les rè-

(1) G. II, 270. — Inst., liv. II, titre 25, par. 1er.
(2) Loi 15, Code, livre 6, t. 23.
(3) Loi 8, p. 3, Code, livre 6, titre 36.

gles favorables du fidéicommis (1). C'est dire qu'il réagit contre la sévérité de Théodose. Une déclaration de dernière volonté va désormais suffire à nouveau pour assurer la validité des fidéicommis (2). Cependant, en présence d'une manifestation de volonté affranchie de toute forme, le bénéficiaire n'aura qu'un moyen indirect de contraindre le fiduciaire qui ne veut pas s'exécuter : il devra lui déférer le serment (3).

Section II. — Substitutions tacites.

La volonté du disposant, pour n'être pas exprimée en termes explicites peut néanmoins résulter avec certitude de l'acte par lequel il la manifeste (4). Cachée sous les apparences d'une disposition d'autre nature, la substitution peut et doit être mise au jour par voie d'interprétation d'une volonté certaine et réfléchie. Il y a plus. Le droit romain admettait que la volonté probable et présumée du testateur pouvait suffire : *voluntatis quæstio in æstimatione judicis* (5). Le juge peut faire plus qu'interpréter une volonté certaine ; il peut apprécier le degré de probabilité d'une volonté douteuse et reconnaître l'existence d'un fidéicommis conjectural.

(1) Loi 1, Code, liv. 6, tit. 43.
(2) Loi 2, Code, liv. 6, tit. 43.
(3) Institutes, liv. 2, t. 23, parag. 12.
(4) Loi 11, D. *de legatis*, 3°, par. 19. — L. 95, D. *eod titulo*.
(5) Loi 7, Code, liv. 6, t. 42. — L. 64, D. *de legatis*, 2°.

Nous devrons en conséquence étudier la substitution fidéicommissaire tacite sous deux aspects ; en tant qu'elle est l'expression d'une volonté certaine quoique non apparente en la forme ; en tant qu'elle est l'expression d'une volonté tellement probable que le juge est en droit de la présumer.

§ 1. — La volonté du disposant est certaine.

Si, comme nous le pensons, le disposant qui substitue entend imposer au grevé bénéficiaire en premier ordre, non pas un terme pour la restitution, non pas une condition à la restitution, mais bien une charge, un *modus* qui le contraigne à ne pas aliéner le bien pendant toute sa vie, dans l'intérêt d'une tierce personne ; si le disposant veut que tout se passe comme si au jour de la mort du grevé, il réglait pour la seconde fois le sort de ses biens au profit de l'appelé, on comprend aisément qu'il sera amené, au lieu de manifester expressément sa volonté de substituer par fidéicommis, à déclarer qu'il entend imposer l'inaliénabilité à son premier bénéficiaire au profit d'un second bénéficiaire. Substituer tacitement, mais sans qu'aucun doute soit possible sur notre intention, c'est défendre à une personne d'aliéner, le lui défendre pour la durée de sa vie et dans l'intérêt d'un tiers.

Nous rencontrons, en effet, nombre de textes qui justifient pleinement notre manière de voir (1).

Dans les uns, le disposant interdit toute aliénation.

Dans les autres, il interdit de tester.

Dans d'autres enfin, le disposant interdit d'aliéner et de tester.

I. — Le disposant interdit toute aliénation.

La prohibition d'aliéner prise en elle-même est parfaitement licite à Rome. La loi économique qui exige la libre circulation des richesses n'était certes pas une loi d'ordre public dans cette cité foncièrement conservatrice et rien moins que commerçante (2).

Mais, pour qu'une disposition de droit quelconque puisse produire effet, il faut une personne intéressée à son exécution. Or, si je vous défends d'aliéner le bien dont je vous fais donation, c'est peut-être un conseil très sage que je vous donne. Mais vous êtes le seul juge de votre intérêt. Personnellement, je n'ai aucun intérêt à ce que vous vous conformiez à ma volonté. Que si je voulais faire bénéficier quelqu'un de cette inaliénabilité, je le pouvais par le moyen du fidéicommis, quoique n'y ayant, pour ma part, aucun intérêt pécuniairement appréciable ; car en notre matière de fidéicommis, c'est à l'intention du disposant que l'on doit s'attacher. Mais

(1) Lois 114, p. 15, *de leg.* 1° ; 69, *de leg.* 2°. — Loi 38, D. *de leg.* 3°, par. 1er.

(2) Loi 114, p. 15, *de leg.*, 1°.

alors, il me fallait donc indiquer quelles personnes j'entendais faire bénéficier de cette inaliénabilité que je vous imposais ; vos affranchis, vos enfants, votre famille. Si je l'ai fait, vous devrez respecter ma volonté dernière, car l'intérêt apparaît et l'action avec lui.

Défendre d'aliéner, c'est donner un conseil, défendre d'aliéner dans l'intérêt de quelqu'un, c'est donner un ordre. Inséré dans un fidéicommis, il doit être exécuté, car il est la manifestation d'une volonté certaine et motivée.

Mais quel sera l'effet exact de cette prohibition d'aliéner imposée à une personne dans l'intérêt d'une autre? Nous nous placerons pour le déterminer dans l'hypothèse la plus pratique, celle que prévoient presque tous les textes, dans l'hypothèse où la défense d'aliéner est imposée au grevé dans l'intérêt de la famille du disposant ou du gratifié.

Je défends d'aliéner dans l'intérêt de la famille. Cela peut vouloir dire deux choses ou bien ; « N'aliénez pas *hors de la famille*, à peine de devoir restituer les biens à la famille d'où vous aurez tenté de les faire sortir ; » ou bien : « N'aliénez pas du tout pour que les biens ne sortent pas de la famille ». Dans l'une et l'autre hypothèse, en effet, l'intérêt de la famille est pris en considération. Et, comme une disposition restrictive de liberté doit être interprétée dans le sens où son effet restrictif est le moins étendu, nous conclurons que le disposant devra, s'il veut empêcher toute aliénation, même dans la famille,

s'en expliquer en termes exprès. Examinons l'une et l'autre hypothèse.

1. — *Défense d'aliéner hors la famille.*

S'il est défendu d'aliéner hors la famille, la disposition s'analyse non pas en substitution fidéicommissaire, mais en un fidéicommis soumis à une condition qui se réalisera dans l'hypothèse où le premier gratifié aliénerait en dehors de la famille.

Les droits de la famille sont assez peu garantis en cette hypothèse. Que le premier gratifié n'aliène pas, et le bien sera transmis à ses successeurs *ab intestat* qui peuvent très bien n'être pas de la famille du disposant. Qu'il aliène dans la famille et, le vœu du disposant étant satisfait, le bien dégrevé de l'inaliénabilite qui le frappait va pouvoir reprendre désormais son caractère normal d'aliénabilité.

Le seul effet de la disposition sera donc d'empêcher le gratifié de disposer des biens en dehors de la famille. Mais dans cette mesure, l'effet d'inaliénabilité sera, suivant nous, complet et le premier gratifié ne pourra pas disposer du bien en dehors de la famille par acte de dernière volonté. Tester, c'est aliéner. Cette solution est particulièrement sûre quand la défense d'aliéner est prise dans l'intérêt de la famille du gratifié. Ce que veut le disposant, c'est que la famille soit mise à même de conserver le bien : le testament tout aussi bien qu'une autre aliénation la priverait du bénéfice de la libéralité. Sans

doute, la loi romaine permet de disposer plus facilement des biens par voie de disposition testamentaire : cette faveur ne va pas jusqu'à permettre d'aliéner des biens valablement frappés entre nos mains d'indisponibilité. La défense d'aliéner entraîne donc la défense de tester.

Il nous reste à justifier par les textes la doctrine que nous venons d'exposer. La loi 38, p. 5, D. *de legatis* 3° en fournit à nos yeux la justification complète.

Quinze affranchis sont institués avec défense d'aliéner leur part en dehors du groupe qu'ils constituent et cela à peine de voir la part aliénée passer aux mains de la République de Tusculum.

Or, quelques-uns de ces affranchis ont aliéné leur part à deux des membres de leur groupe. Ces deux affranchis, acheteurs, testent au profit d'un étranger. Et le texte décide que le testament est parfaitement valable :

Quia non possidentis persona qui nunc extraneus est, respicienda : sed emptorum qui secundum voluntatem defunctæ ex illis fuerunt quibus permisisset textatrix venumdari, nec conditio extitit dati fideicommissi Tusculanis.

Il y avait défense d'aliéner hors d'un groupe ; il y a eu aliénation dans le groupe. Le testateur est satisfait. Dès lors, le bien reprend sa liberté de circulation complète et le membre du groupe à qui le bien est aliéné a pouvoir d'en disposer librement; voilà pourquoi le testament fait par cet acquéreur est valable. Sans doute, si l'on s'attachait à la personne de l'*extraneus*, (*possidentis*) au profit duquel il a testé, le testament serait nul : dé-

fense d'aliéner entraînant défense de tester. Mais le testament vaut parce qu'il a été fait par ce membre non en sa qualité de membre du groupe, mais en sa qualité d'*acheteur* d'une part que le testateur avait permis de lui vendre, étant de ceux *quibus testatrix venumdari permisserat*. En tant que membre du groupe, il n'aurait pu tester. Mais en tant qu'acheteur il avait droit de le faire.

Il résulte de cette loi, et ce sera le résumé de notre étude: 1° que défendre d'aliéner c'est défendre de tester ; 2° que défendre d'aliéner hors de la famille, c'est permettre d'aliéner dans la famille, et qu'une fois cette aliénation dans la famille survenue, le bien délivré de la charge qui le grevait revient à son état normal et peut librement circuler.

2. — *Défense d'aliéner même dans la famille* (1).

Si le disposant d'une manière expresse a signifié l'intention où il se trouvait d'empêcher toute aliénation pour que le bien ne puisse sortir en dehors de la famille, l'effet de sa disposition est alors beaucoup plus complet.

Le premier gratifié ne peut pas aliéner, il ne peut pas tester, fût-ce dans la famille. Tous ces points sont hors de doute. La disposition s'analyse en une substitution fidéicommissaire tacite au profit de la famille substituée. La seule difficulté porte sur le point de savoir si la substitution s'ouvre pour le cas où le grevé n'a ni aliéné, ni

(1) Comparez en droit français, deux arrêts récents de la Cour de Cassation : S. 91. 1.105 et S. 92. 1. 456.

testé, mais laisse des successeurs *ab intestat* étrangers à la famille substituée. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, malgré l'absence de textes décisifs (1).

La volonté du testateur est certaine. Il entend que les biens restent dans la famille. Il le dit expressément. Et cependant, qu'on le remarque, sa volonté serait, sous ce rapport, moins bien assurée que dans l'hypothèse où il aurait permis d'aliéner dans la famille. Dans ce dernier cas, en effet, plutôt que de laisser ses successeurs *ab intestat* recueillir le bien, le gratifié pourrait en disposer au profit de la famille. Dans notre espèce où le disposant a clairement manifesté sa volonté de laisser le bien dans la famille, on verrait les successeurs *ab intestat* étrangers à la famille substituée venir prendre les biens, contre la volonté du disposant, aux mains du grevé impuissant à assurer l'exécution de cette volonté. En sorte que la défense de tester imposée par le disposant en vue d'assurer la conservation du bien à la famille substituée se retournerait contre lui. Ce résultat nous paraît d'autant plus inadmissible que la succession *ab intestat* n'est que le testament présumé du défunt. Or, ici, il ne peut être question de testament, partant la succession *ab intestat* ne peut pas être admise (2).

II. — Le disposant interdit de tester.

A première vue, il paraît bien que la défense de tester ne peut avoir, comme la défense d'aliéner, que la valeur

(1) Arg. *à fortiori*, loi 38, D. p. 5, *de legatis*, 3°.
(2) Lois 3 et 8. D. *de jure codicill.*, liv. 29, tit. 7.

d'un simple conseil, si l'on n'indique pas en faveur de qui la défense est insérée. Défendre d'aliéner, c'est, nous l'avons vu, défendre de tester. Or, défendre d'aliéner, c'est encore une fois, donner un conseil.

Cette analyse serait superficielle. Quand je défends d'aliéner, en termes généraux, ma disposition n'indique, par ses termes, personne à qui elle puisse spécialement s'appliquer. Quand je défends de tester, au contraire, par la force des choses, je prévois que ma disposition va profiter à un groupe spécial et bien limité de personnes, aux successeurs *ab intestat* qui venaient à Rome, à défaut de testament.

Ma disposition s'analyse donc en un fidéicommis contenant charge pour le gratifié de restituer à son décès à ses successeurs *ab intestat* ce qui lui restera des biens que je lui ai transmis.

Juridiquement, j'ai fait un « fidéicommis *de residuo* » tacite à la charge du gratifié, au profit de ses successeurs *ab intestat*.

III. — Le disposant interdit d'aliéner et de tester.

La substitution fidéicommissaire tacite est alors évidente d'après les principes précédemment posés.

Observation. — La défense de disposer de certains biens par testament paraît, au premier abord, amener une grave dérogation à la règle de l'unité de succession (1). Le bénéficiaire aura pu disposer par testament des biens

(1) Institutes, liv. II, t. XIV, p. 5.

qui ne sont pas grevés de fidéicommis. Relativement aux biens frappés de la prohibition, une succession *ab intestat* partielle paraît s'ouvrir. Cette dérogation n'est qu'apparente, car le fidéicommissaire, même successeur *ab intestat* du grevé recueille les biens, non pas en sa qualité de successeur *ab intestat* du fiduciaire, mais en sa qualité de bénéficiaire du disposant (1).

§ 2. — La volonté du disposant est assez probable pour être présumée.

En matière de fidéicommis, les lois permettent au juge, non seulement de dégager une volonté certaine, mais aussi d'apprécier, par voie d'interprétation une volonté probable et simplement présumée (2). Le juge est libre appréciateur du degré de probabilité de la volonté ; mais il nous paraît bien qu'il doit s'inspirer des termes de la disposition, non des circonstances extérieures qui lui paraîtraient de nature à faire présumer le fidéicommis (3). *Voluntatis quæstio in æstimatione judicis*. J'ordonne à mon héritier d'émanciper mon fils, et la loi 92, D. liv. 35, t. 1er, conjecture que j'ai voulu lui imposer en même temps la restitution des biens héréditaires.

En notre substitution fidéicommissaire se pose à cet égard une question rendue classique, sous cette forme,

(1) L. 67, D. *de leg.*, 2° (liv. 31), par. 1er.
(2) Loi 7, Code, liv. 6, tit. 42.
(3) Loi 25, par. 1er, *de leg.* 3° (liv. 32).

par les romanistes de l'ancien droit : « Les enfants mis dans la condition sont-ils présumés compris dans la substitution » ? En d'autres termes : J'institue Primus et je lui ordonne de restituer, à une tierce personne s'il meurt sans enfants, les biens dont je l'ai investi. Doit-on présumer que j'ai entendu lui ordonner de restituer mon hérédité à ses enfants ?

La négative nous paraît certaine, en droit romain, à raison de l'idée que les Romains se faisaient de la *patria potestas*. Admettre en effet pareille disposition, ce serait obliger un *paterfamilias* à remettre les biens à ses enfants qu'il le veuille ou ne le veuille pas ; et cela même si ses enfants avaient encouru une juste cause d'exhérédation. Résultat possible par substitution fidéicommissaire, mais tellement contraire à l'esprit du droit romain qu'on ne doit pas le présumer. Or, que résulte-t-il de la disposition ? Que le disposant n'a pas voulu forcer son premier gratifié à se dépouiller des biens qu'il lui donnait, au détriment de ses enfants. Mais non qu'il ait voulu forcer le grevé à remettre les biens à ses enfants. Oui, sans doute, le disposant préférait les enfants du grevé au tiers appelé. Mais il a témoigné cette préférence en laissant au père la faculté de leur laisser la fortune recueillie. Que s'il voulait pousser la préférence plus loin, il fallait donc qu'il les substituât en termes exprès. C'était déjà beaucoup qu'on lui laissât la faculté de priver le père de son droit d'exhérédation. Au moins a-t-il dû le faire d'une manière formelle. La loi 114, p. 13 *de leg.* 1°;

est le seul texte qui s'occupe formellement de notre hypothèse. Il ne se demande même pas si les enfants sont substitués à leur père. Il constate purement et simplement que le fidéicommis est résolu par la mort du père.

L'interprétation contraire ne s'appuie sur aucun texte. La loi 85, D. *De heredibus instituendis* (1) ne résout en rien, de l'aveu même de nos adversaires, la question dont nous nous occupons. L'interprétation que nous combattons n'a pu prévaloir dans l'ancien droit français qu'à raison de la grande faveur dont jouissaient les substitutions. Pérégrinus la reconnaît contraire à tous les principes ; ce qui ne l'empêche pas de la soutenir, car, dit-il, l'erreur commune fait le droit.

(1) Loi 85, D. liv. 28, tit. 5.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DU DISPOSANT.

Pour faire une substitution valable, il faut avoir le droit de tester : car, la loi romaine exige du disposant, pour qu'il puisse profiter de la législation favorable qui régit le fidéicommis, la pleine et entière capacité de disposer par testament. Nous n'avons pas ici à rappeler quelles personnes jouissent de la *factio testamenti activa*.

(1) Loi 2, D. *de legatis*, 1° (liv. 30).

CHAPITRE III

DES CHOSES QUE L'ON PEUT SUBSTITUER.

La substitution fidéicommissaire est ou bien une variété du fidéicommis universel (*hereditas fideicommissaria*) ou une variété du fidéicommis particulier, suivant qu'elle porte sur une *universitas juris* ou sur des *res singulæ*.

Res singulæ.

Nous avons eu déjà l'occasion de signaler comment le fidéicommis particulier fut amené peu à peu à se rapprocher du legs, et spécialement du legs envisagé sous sa forme la plus large, du legs *per damnationem* (1). A notre point de vue spécial, dès l'époque classique, l'analogie était devenue presque une identité (2). Une différence subsiste cependant. L'action qui sanctionne les droits du légataire, la *condictio ex testamento*, était très rigoureuse, du moins à l'origine (3). C'est ainsi que le legs *per damnationem* portant sur une chose qui est hors du commerce par rapport au légataire ne peut avoir aucun effet. La « *persecutio fideicommissi* » laisse au juge tout

(1) G. II, 204-213.
(2) Loi 41, p. 1, D. *de legatis*, 2°. — Ulpien, *Reg.* XXV, 5.
(3) G. II, 280.

pouvoir d'appréciation et lui permet de donner à l'héritier l'ordre de restituer au fidéicommissaire la valeur de la chose grevée de restitution. Cette différence dans le caractère de l'action qui sanctionne les droits du légataire et du fidéicommissaire devint moins sensible à mesure que s'élargit le domaine de la *condictio incerta ex testamento*. Sous Justinien, l'assimilation est complète (1).

Le legs *per damnationem* pouvait indifféremment porter sur toutes choses qui sont susceptibles d'un droit de créance. Que la chose n'ait pas cessé d'exister, que son existence ne soit pas impossible, qu'elle soit dans le commerce : telles sont les seules conditions requises pour la validité du legs *per damnationem*. La chose léguée peut être mobilière ou immobilière ; exister ou non actuellement ; appartenir au disposant ou à un tiers (2); consister en une dation, une prestation ou un fait ; être la propriété quiritaire ou simplement bonitaire du disposant (3); appartenir à l'héritier, au légataire même si le legs est conditionnel et si, à l'arrivée de la condition, la chose n'est plus dans son patrimoine. Il n'importe ; pourvu qu'elle puisse faire l'objet d'un droit de créance valable, le legs *per damnationem*, *optimum jus legati*, reçoit son application (4).

(1) G. II, p. 202 et 203.
(2) A la condition dans ce dernier cas, bien entendu, que le disposant ne sache pas qu'il n'est pas propriétaire de la chose léguée. (Loi 10, Code, liv. 6, tit. 37).
(3) Loi 67, p. 8, D. liv. 31 ; Loi 25, Code, *de fideicom.* liv. 6, t. 42.
(4) G. II, 197 *in fine*. — Ulpien, *Reg.* XXIV, 11 a.

Certains jurisconsultes, en un cas spécial, considéraient même le domaine du legs *per damnationem* comme plus large que celui du fidéicommis. Si le testateur avait chargé son héritier de restituer à un tiers la chose d'autrui, le fidéicommis tombait si le propriétaire de la chose se refusait à la vendre à l'héritier (1). En matière de legs *per damnationem* la valeur de la chose aurait dû être payée au bénéficiaire (2). Nous avouons ne pas comprendre cette solution rigoureuse ; il faut cependant réserver le cas où le fidéicommis aurait pour objet la liberté de l'esclave d'autrui (3) : si le propriétaire de l'esclave se refuse à l'affranchir, le fidéicommis est éteint. La liberté n'est pas un bien appréciable en argent, disent les textes. Si le maître d'ailleurs avait reçu une libéralité du défunt, il ne pourrait se refuser à vendre l'esclave.

En ce qui concerne particulièrement notre substitution fidéicommissaire, deux points spéciaux doivent être signalés :

1° Elle portera rarement sur les meubles : ceux-ci sont trop sujets à détérioration. Au surplus, en dehors des sommes d'argent, la fortune mobilière n'avait à Rome qu'une importance secondaire. Notre substitution ne se comprendrait guère qu'eu égard aux meubles à la conservation desquels le testateur attachait une importance

(1) L. 71, p. 3, D. *de legatis*, 1°.

(2) G. I, 265.

(3) Remarquons en passant, que ce fidéicommis était valable, même pour le cas où le disposant savait que l'esclave ne lui appartenait pas (Loi 39 pr. *De fid. libert.*, liv. 40, tit. 5).

toute particulière (argenterie, bijoux de famille) (1).

2° Notre substitution pourrait-elle porter sur un droit d'usufruit ?

Peut-on laisser à une personne un usufruit, à la charge de restituer au jour de sa mort à une autre personne ?

Deux raisons tirées de la nature même du droit d'usufruit y forment obstacle. L'usufruit est *incessible* : le grevé n'aurait donc pu transmettre le droit au fidéicommissaire. L'usufruit est *viager* : comment le grevé aurait-il pu, au jour de sa mort, transmettre un droit qui a cessé d'exister?

Il résulte cependant avec certitude de la loi 29, D. liv. 33, titre 2 que, *jure prætorio*, le fidéicommis portant sur un droit d'usufruit aurait eu une efficacité de fait.

Par quel procédé le préteur a-t-il pu éluder ainsi l'application des principes du droit civil ? Peut-être pourrait-on voir ici une application des règles prétoriennes relatives à la constitution de l'usufruit par quasi-tradition.

Soit un usufruitier chargé de restituer à un tiers. Il exécute le fidéicommis. Le fidéicommissaire n'est pas pour cela titulaire du fidéicommis. Car on ne peut céder un droit d'usufruit. Il a l'exercice du droit ; il n'a pas le droit d'usufruit. Que si donc le fiduciaire, véritable usufruitier, vient à mourir, le fidéicommis disparaît. L'usufruit fait retour à la nue propriété. Mais alors inter-

(1) Loi 41, D. *de legatis*, 1°. — Loi 3, D. *de usuris et fructibus*, liv. 22, tit. 1er.

vient le préteur qui décide que le fidéicommissaire : 1° sera titulaire du droit d'usufruit, *jure legati*, nous dit la loi 29 ; 2° que ce fidéicommissaire n'aura cependant pas le *dominium ususfructus*, mais seulement la *possessio* nous dit la loi 3, D. livre 7, titre 6.

Au moment de la mort du fiduciaire, le fidéicommissaire conserve donc l'exercice de son droit d'usufruit. Le fiduciaire est censé, au jour de son décès, rendre l'usufruit au nu propriétaire, et celui-ci en faire remise à son tour au fidéicommissaire, à raison de la volonté expresse du défunt. C'est donc par suite de deux traditions sous-entendues que le fidéicommissaire peut demeurer investi de l'usufruit. Ainsi s'explique qu'il soit seulement *possessor ususfructus*.

En droit, nous sommes en présence d'un fidéicommis imposé au titulaire de la nue propriété et fait pour valoir à une époque incertaine : la mort du premier usufruitier.

DEUXIÈME PARTIE

LA PERSONNE DU GREVÉ

CHAPITRE PREMIER

QUI PEUT ÊTRE GREVÉ.

Le legs était considéré par les jurisconsultes romains comme un fragment de l'hérédité enlevé à l'héritier éventuellement appelé à recueillir le tout : *delibatio hereditatis*. Aussi ne pouvait-il être imposé qu'à l'héritier testamentaire et ne pouvait-il être fait que par testament (1). Ni un légataire, ni un héritier *ab intestat*, ni un donataire *mortis causâ*, ni un fidéicommissaire, ni le fisc recueillant les biens en déshérence ne pouvaient être grevés d'un legs.

Le droit des fidéicommis vint lever cette entrave à la liberté des disposants et assurer l'exécution de la volonté du défunt (2). Un fidéicommis peut être imposé à toute personne. Une seule condition est exigée ; c'est

(1) Loi 116, pr. *de legatis*, 1°. — Institutes, p. 10, II, 23.
(2) Loi 1, p. 6, D. *de legatis*, 1°.

que le fiduciaire ait reçu du défunt une libéralité quelconque. *Sciendum est autem eorum fidei committi posse ad quos aliquid perventurum ex morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.*

§ 1. — Aliquid perventurum ex morte ejus.

Pour avoir droit d'imposer une charge à quelqu'un, il faut au moins lui avoir procuré un avantage. Un avantage pécuniaire (1). Un avantage qu'il n'aurait pas eu sans nous. Un avantage au moins équivalent à la charge dont nous le grevons : car, sans cela, la charge étant sans compensation, il serait impossible de l'imposer.

A. — Il faut un avantage pécuniaire.

Un esclave n'a reçu que la liberté. Un créancier a reçu ce qu'on lui doit. Un réservataire a reçu sa légitime. Ni l'esclave, ni le créancier, ni le légitimaire ne peuvent voir grever leur part de fidéicommis (2).

En notre matière de substitution fidéicommissaire, la loi 67, D. livre 31 *de legatis*, 2°, nous offre une application de ce principe (3).

Un héritier est chargé de restituer au jour de sa mort, à celui des membres de la famille qu'il voudra choisir.

(1) Loi 6, D. *de leg.*, 3° par. 1er. — Loi 9, Code, *de fideicom.*, liv. 6, tit. 42.

(2) Loi 3, D. *de legatis*, 3°, par. 3. — Loi 32, Code, *de inofficioso testamento*, liv. 3, tit. 28.

(3) Loi 67, D. *de legatis*, 2°, par. 1er.

Il exerce son droit d'option en faveur de Titius. Il ne lui fait pas, par là, une libéralité. Car, il se borne, sans s'appauvrir personnellement, à faire produire effet à un droit déjà existant, au moins à titre de droit conditionnel. La libéralité n'émane pas de lui, mais du défunt qui l'a grevé de fidéicommis. La préférence qu'il a donnée à Titius ne l'autorise pas à grever celui-ci d'un fidéicommis.

B. — Un avantage qu'il n'aurait pas eu sans nous.

Je ne puis évidemment grever un tiers pour le cas où il recueillerait le bénéfice d'une hérédité quelconque. Moins encore un fils que j'aurais privé de mon hérédité, pour le cas où il viendrait contre ma volonté recueillir, grâce à la *querela testamenti inofficiosi*, l'hérédité dont j'aurais voulu l'exclure.

C. — Un avantage au moins équivalent à la charge dont nous le grevons.

Si la charge excédait l'émolument, l'ensemble de l'opération s'analyserait en une perte pour le fiduciaire. Aussi, quand le grevé acceptera la libéralité, la charge de restitution sera, nous dit la loi 70, D. pr. *de leg.*, 2°, ramenée à la valeur du bénéfice concédé (1).

Il peut se faire néanmoins, à raison de la relativité da la notion de valeur, que la valeur à restituer, tout en étant intrinséquement supérieure à la valeur recueillie,

(1) L. 114, p. 3, D. *de legatis*, 1°.

ait aux yeux du grevé une valeur moindre. Je lègue à Primus un immeuble de famille qui vaut 10 à la charge de restituer 15 à Secundus. Si Primus accepte le legs de l'immeuble, il sera parfaitement tenu à restituer.

Ce raisonnement, basé sur la notion relative de la valeur, ne serait évidemment plus applicable, si les 2 valeurs étaient de même nature, si *quantitas cum quantitate comparatur*. Je reçois 10 à charge de restituer 15. Je ne serai tenu que de la restitution de 10 (1).

§ 2. — Vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.

On peut faire un avantage pécuniaire à autrui de deux manières : en lui donnant ce qu'on pourrait ne pas lui donner ; en ne lui enlevant pas ce dont on pourrait le priver (2).

J'institue héritier Titius, je lui donne ou lui lègue une valeur : c'est un avantage direct dont je le gratifie.

Instituer un esclave, c'est gratifier son maître ; instituer un fils de famille, c'est gratifier son *paterfamilias*.

Je ne fais pas de testament : je gratifie par là indirectement, mais effectivement mon héritier *ab intestat* (3).

Mon fils a encouru une juste cause d'exhérédation, je lui laisse mon hérédité : je le gratifie par voie indirecte.

(1) Loi 70, p. 1, D. *de legatis*, 2°.
(2) Loi 92, p. 2, *de legatis*, 1°.
(3) Même loi 92, p. 2.

Une donation est révocable *ad nutum* ; je n'use pas de mon droit de révocation : je gratifie mon donataire par voie indirecte (1).

Instituer une personne, c'est gratifier ses héritiers d'une manière conditionnelle (2). Aussi pourrait-on laisser un fidéicommis à la charge de l'héritier.

En résumé, pour être grevé de substitution fidéicommissaire, il faut avoir reçu, de par la volonté du testateur, un avantage pécuniairement appréciable.

Eu égard à la désignation de la personne grevée, les règles les plus larges étaient suivies. Sans entrer dans des détails sans intérêt, donnons la règle générale : il est nécessaire et suffisant que l'on puisse déterminer d'une manière certaine, au moment où le fidéicommis recevra son exécution, la personne qui devra l'exécuter.

(1) L. 77, p. 1, D. *de legatis*, 2°.
(2) Loi 5, D. *de legatis*, 3°, par. 1er.

CHAPITRE II

DE LA NATURE DU DROIT DU GREVÉ.

Ce que je veux, dans la substitution fidéicommissaire, nous le savons déjà, c'est frapper d'inaliénabilité entre les mains de mon héritier, les biens que je lui transmets, afin de rendre propriétaire au jour de la mort du grevé, le tiers appelé. Je veux créer deux propriétaires successifs, partant temporaires. Or, si les principes de droit romain peuvent favoriser l'intention où je suis de rendre mon bien inaliénable, ils ne peuvent, par contre, favoriser ma prétention de rendre le grevé propriétaire temporaire. L'impossibilité d'être propriétaire *ad tempus* vient donc limiter les effets de l'inaliénabilité stipulée pour la vie du grevé.

Étudions successivement le droit classique et le droit de Justinien.

§ 1. — Le Droit classique.

J'institue Primus et le charge au jour de sa mort de restituer mon hérédité à Secundus. En droit romain, Primus est héritier, seul héritier et pour toujours (1).

(1) Loi 88, D. *de heredibus inst.*, liv. 28, t. 5.

On n'est pas héritier pour un temps. Tout ce que je puis faire, c'est, par une clause spéciale, d'*obliger* Primus à restituer à Secundus les biens que je lui ai transmis (1). Primus a contracté ainsi une dette envers un tiers qui est cependant resté étranger à la relation juridique qui s'est établie par l'acceptation de la libéralité entre le testateur et l'héritier.

Je fais un legs à Primus et le charge de rendre à sa mort le bien légué. Primus est propriétaire et pour toujours, mais il a contracté envers le tiers à qui la restitution doit être faite, une obligation née du testament du *de cujus*. Remarquons ici encore et en passant, que le tiers envers lequel il contracte une dette est resté étranger au rapport de droit résultant du testament du *de cujus*.

Le grevé est donc héritier ou propriétaire. Il l'est pour toujours. Il a contracté, en vertu de la charge de restitution qui lui incombe, une obligation envers le tiers appelé.

Propriétaire, il semblerait qu'il pût à son gré disposer des biens substitués sans que le fidéicommissaire, simple créancier, dépourvu de tout droit de suite, pût protester autrement que par l'action personnelle née de l'obligation contractée envers lui par le grevé (2).

Mais, comme en matière de fidéicommis, c'est à la volonté du testateur qu'il faut s'attacher avant tout, et comme ce testateur a voulu manifestement que le bien

(1) G. II, 277.
(2) Sentences de Paul, liv. 4, tit. 1er, par. 18.

fût inaliénable et ne passât pas en des mains étrangères, le fidéicommissaire fut autorisé, dès le droit classique, sous la réserve des droits légitimes des tiers, à réclamer le bien lui-même par une sorte d'action en révocation de l'aliénation (1). Mais, remarquons-le, comme l'intention du disposant a été de ne donner à l'appelé droit aux biens grevés de substitution qu'au jour de la mort du grevé, c'est à ce moment seulement que l'action révocatoire pourra être exercée.

§ 2. — Le droit de Justinien.

Sous Justinien, la situation est toute différente. La propriété peut être transmise pour un temps (2). L'intention du disposant sera entièrement remplie ; le grevé sera propriétaire jusqu'à sa mort et à ce moment l'appelé sera de plein droit propriétaire à son tour.

Que le grevé dès lors s'avise de vouloir disposer ; il ne pourra transmettre que le droit de propriété temporaire dont il est investi ; l'appelé devenu propriétaire pourra réclamer le bien à l'encontre des tiers (3).

Le grevé est donc propriétaire, mais sa propriété a été affectée par le testateur d'une clause d'inaliénabilité

(1) Sentences de Paul, liv. 4, t. 1er, par. 15. — Loi 89, p. 7, Dig., liv. 31. — Loi 38, D. liv. 32. — Loi 22, p. 4, liv. 36, t. 1er.

(2) Loi 2, Code, liv. 8, tit. 55.

(3) Loi 3, Code com., *de leg. et fideicom.*, liv. 6, tit. 43, p. 3. — Novelle XXXIX, *Præfatio.*

dans l'intérêt de l'appelé. Cette clause ne pouvait recevoir son exécution complète dans le droit classique, à raison de l'impossibilité d'une propriété temporaire. Elle est parfaitement efficace dans le droit de Justinien.

Ce sont les effets de cette propriété du grevé, propriété entâchée d'inaliénabilité, qu'il nous faut maintenant étudier.

Comme tout propriétaire le grevé *utitur* en administrant, *fruitur,* en jouissant, *abutitur*, en aliénant totalement ou partiellement. Nous étudierons les pouvoirs que lui confère sa qualité de propriétaire et les limites qu'apporte à ces pouvoirs la clause d'inaliénabilité qui le grève. Nous nous occuperons ensuite des garanties prises contre lui pour le contraindre à se renfermer dans les limites que la nécessité de restituer lui impose.

CHAPITRE III

ADMINISTRATION DU GREVÉ.

Le grevé est propriétaire des biens : il a donc la plus entière liberté pour les administrer (1). Mais, tenu à restituer, il doit se comporter en bon père de famille et une action de bonne foi, la *persecutio fideicommissi* sanctionne son obligation. La situation est analogue à celle d'un débiteur tenu en vertu d'un contrat de bonne foi.

Étudions d'abord la charge qui grève son administration ; nous énumérerons rapidement ensuite les actes d'administration qu'il peut faire.

§ 1. — Obligation d'agir en bon père de famille.

La substitution lui procure-t-elle avantage ? C'est le cas ordinaire à raison de la jouissance viagère dont il est investi. Il sera tenu, comme dans tout contrat de bonne foi passé dans l'intérêt des deux parties, à raison de sa faute même légère (type abstrait du *bonus paterfamilias*) (2).

La substitution ne lui procure-t-elle aucun avantage ?

(1) Loi 47, p. 4, 5 et 6, *de legatis*, 1°. — Loi 22, p. 3, D. liv. 36, tit. 1er.

(2) Loi 108, p. 12. D. *de legatis*, 1°. — Loi 47 précitée.

Le testateur l'a-t-il privé expressément des fruits? Il cesse d'être tenu de toute faute et ne répond plus que de son dol (La faute lourde est généralement assimilée au dol) (1).

S'il doit conserver la chose, il doit aussi l'entretenir (2). Partant d'une fausse assimilation entre le grevé et l'usufruitier, les anciens auteurs décident généralement que le grevé n'est pas tenu des grosses réparations. Pour notre part, nous estimons que le grevé propriétaire de la chose, serait, à ce titre, tenu des grosses réparations. La loi 61, D. *de leg.* 1° est parfaitement conforme à notre manière de voir. Obligé d'ailleurs à administrer en bon père de famille, il est, sans conteste, tenu à faire toutes les réparations d'entretien.

A partir de Justinien, du moins pour le fidéicommis à titre particulier, le grevé fut tenu de faire inventaire.

§ 2. — Libre administration.

Dans ces limites d'ailleurs, le grevé a les pouvoirs les plus larges d'administration (3); il est tenu également de toutes les charges résultant de l'administration (4). Il reçoit les payements. Il fait à son gré l'emploi des capitaux. Il peut exercer en justice toutes les actions de la succes-

(1) Loi 22, précitée.

(2) Loi 7, § 2, *de usufructu.* Code, liv. 3, titre 33.

(3) Lois 9 et 12, Dig., liv. 33, titre 1er, et lois 5, p. 1 et 15, *eod titulo*.

(4) Loi 104, D. *de solutionibus*, liv. 46, t. 3.

sion. Il peut déférer le serment, interrompre la prescription, nover, passer les baux (1). Mais ces baux sont-ils opposables à l'appelé? Non, en principe. Oui, suivant nous, s'ils sont passés *ad modicum tempus*. Nous argumentons, par analogie, de la loi 25, D. *de soluto matrimonio*, p. 4. Le mari, propriétaire de la dot comme le grevé et tenu à restitution comme lui, peut faire des baux de 9 ans, opposables à sa femme pour laquelle il administre la dot.

(1) Loi 120, D. *de legatis*, 1°, § 2. — Loi 32, D. liv. 19, titre 2.

CHAPITRE IV

JOUISSANCE DU GREVÉ.

Le grevé, propriétaire unique de la chose, a seul la jouissance complète de cette chose (1). Il a droit à tous ses accessoires. Mais ici encore, l'obligation de restitution qui lui incombe limite sa jouissance.

La propriété ne prend naissance sur sa tête qu'au jour de l'adition d'hérédité. Du jour du décès du testateur jusqu'à celui de l'adition, les fruits viennent grossir l'hérédité qu'il devra restituer. Il n'y a donc aucun droit (2).

A partir de l'adition d'hérédité, il perçoit les fruits détachés de la chose et se les approprie en maître (3). Mais, comme la volonté du testateur est toujours obéie, le grevé sera privé des fruits, si le disposant l'exige. Cette volonté ne se présumera d'ailleurs que difficilement : c'est ainsi qu'on ne pourrait même pas l'induire de la clause : « Vous restituerez tout ce qui proviendra de l'hérédité ».

Quant aux accessoires autres que les fruits, rationnellement le grevé doit restituer tous ceux qui feraient par-

(1) Loi 18, pr. D. liv. 36, titre 1er. — Loi 22, § 2, *ad. S.-C. Treb.*, *eod. titulo.* — Loi 57, *eod titulo*.

(2) Loi 20, § 3 ; Loi 25, § 20, *de hereditatis petitione.*

(3) Loi 83, D. *de legatis*, 3°.

tie de la chose restituée, qui feraient corps avec elle (1).

Par contre, il acquerra, en sa qualité de propriétaire et, en vertu de la théorie de l'accessoire, les produits qui ont une existence indépendante de la chose elle-même. C'est ainsi qu'il devra restituer l'alluvion qui se serait attachée à l'immeuble ; les arbres et plantations qui s'y seraient incorporés ; mais qu'il pourra conserver l'hérédité acquise par le *servus hereditarius* ou l'action de la la loi Aquilia à raison du dommage causé à ce même esclave héréditaire.

(1) G. II, 70. — G. II, 72.

CHAPITRE V

DISPOSITION.

§ 1. — Aliénation.

Avant Justinien, la propriété du grevé était, en droit, perpétuelle (1). Sans doute son titre de propriété était affecté d'une charge, de l'obligation de restituer à l'appelé. Mais qu'il y contrevienne et l'appelé n'aura pas le droit de faire révoquer l'aliénation consentie : il n'a aucun droit sur la chose. Et, comme l'appelé n'aura de droit à la chose qu'au jour de la mort du grevé, il ne pourra pendant la vie du grevé, qu'intenter une action en dommages-intérêts grâce à l'action conservatoire résultant de la *caution* de restitution fournie par le grevé.

Mais comme l'évidente volonté du testateur était d'imposer l'inaliénabilité du bien, le droit des fidéicommis dérogera au droit rigoureux dans la mesure où cette dérogation ne rencontrera pas d'obstacle dans le droit légitime des tiers. La révocation de l'aliénation consentie sera possible : 1° si les tiers acquéreurs sont de mauvaise foi ; 2° si, même étant de bonne foi, ils n'ont rien à perdre à la révocation. Par une action qui n'est pas

(1) Cf. textes précités pages 44 à 47.

sans analogie avec l'action Paulienne, le fidéicommissaire fera rétracter, à l'encontre des tiers donataires et des tiers acquéreurs à titre onéreux de mauvaise foi l'aliénation qui a été réalisée au préjudice de ses droits et contrairement à la volonté du défunt.

Sous Justinien le droit du fidéicommissaire est énergiquement respecté. Le grevé propriétaire pour un temps ne dispose en maître que pour un temps. Sans doute, avant l'ouverture du fidéicommis, le droit des tiers sera respecté : car, selon l'intention du disposant, l'appelé ne doit acquérir (à notre avis) aucun droit avant la mort du grevé. Mais, à la mort du grevé, l'appelé recherche, par la *rei vindicatio*, les biens aux mains des acquéreurs qui voient leur droit disparaître avec celui du grevé, leur ayant cause. C'est une législation toute de faveur pour le fidéicommissaire, mais bien rigoureuse, à raison de la clandestinité de la substitution, pour les tiers acquéreurs de bonne foi qui se voient privés du bien transmis, par suite d'un *modus* dont ils ignoraient l'existence. Les tiers auraient évidemment un recours en dommages-intérêts contre le grevé, leur vendeur, à raison du dommage que leur cause l'éviction. S'ils avaient connu l'existence de la clause de substitution, leur action serait réduite à une action en répétition du prix payé.

Ajoutons enfin que si l'appelé était un héritier du grevé, il succéderait à l'obligation de garantie qui incombe au grevé et ne pourrait en conséquence revendi-

quer à l'encontre des acquéreurs (1). Sa *rei vindicatio* sera paralysée par une exception de garantie due aux acquéreurs : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellere potest exceptio.* Et qu'on n'objecte pas à cette solution que, dans la substitution fidéicommissaire, comme la plupart du temps l'appelé est héritier du grevé, la clause d'inaliénabilité sera rendue fréquemment illusoire, si le substitué n'en peut, sous prétexte de garantie, réclamer l'exécution. Ce serait oublier un principe fondamental en notre matière, à savoir que le droit aux biens substitués émane non du grevé, mais du disposant et que dès lors l'appelé, s'il veut profiter du fidéicommis, tout en échappant à l'obligation de garantie, peut répudier la succession du grevé ou s'en abstenir.

Sous Justinien donc, la clause d'inaliénabilité reçut l'effet que voulait lui faire produire le *de cujus*. Mais le défunt n'a pu se montrer libéral, avant que de se libérer lui-même. En second lieu, on ne peut imposer une libéralité à son gratifié : libre à l'appelé de renoncer au droit qu'on veut lui conférer ; on a disposé en sa faveur, mais il est seul juge de son intérêt. Enfin un intérêt d'ordre supérieur peut légitimer l'aliénation consentie par le grevé.

Parcourons ces trois catégories d'exceptions à la règle de l'inaliénabilité :

(1) Loi 73, D. liv. 21, titre 2.

A. — Exception découlant de la règle : nemo liberalis, nisi liberatus.

Le *de cujus* n'a pu disposer des biens substitués que sous la réserve du droit de gage général qui affectait son patrimoine entier (1). Cependant, à raison de l'intention qu'il a manifestée, les créanciers du défunt ne pourront agir contre les biens substitués qu'après avoir discuté les autres biens héréditaires du *de cujus* (2).

Les créanciers du grevé (3), au contraire, ayants cause universels de celui-ci, pourront s'attaquer aux biens substitués et les faire vendre aux enchères. Mais l'acquéreur devra, à la mort du grevé, opérer en vertu de la clause d'inaliénabilité, la restitution des biens substitués.

B. — Exception découlant de la faculté de renonciation laissée à l'appelé.

Libre à l'appelé de renoncer aux avantages que l'inaliénabilité lui confère. Mais une renonciation ne peut ni s'imposer, ni se présumer. S'il y a plusieurs appelés, le refus d'un seul de renoncer à la substitution conserve le droit de tous (4). La volonté de renoncer doit se manifester avec évidence ; la connaissance de l'aliénation consentie par le grevé, la présence des appelés à l'acte d'aliénation, leur concours comme témoins ne pourraient

(1) Loi 78, p. 4, *de legatis*, 2°.
(2) Loi 38, pr. *in fine, de legatis*, 3°.
(3) Loi 69, p. 1. D. *de legatis*, 2°.
(4) Loi 120, p. 1. D. *de legatis*, 1°. — Loi 11, Code, liv. 6, titre 42.

même pas suffire à entraîner la renonciation à l'action en nullité (1). A plus forte raison ne suffiraient-ils pas à entraîner renonciation à la substitution.

Il est parfois très délicat de savoir si l'appelé a entendu renoncer à la substitution, auquel cas il perd tout droit sur le prix d'aliénation ; ou bien s'il a entendu renoncer à son action en nullité, tout en gardant le bénéfice de la substitution.

Les lois 88, D. *de leg.*, 2°, p. 14-92, D. *de leg.*, 1°, donnent des solutions divergentes. L'une présume la renonciation à l'action en nullité et conserve au substitué le droit au prix ; l'autre présume renonciation à la substitution et refuse au substitué tout droit à la répétition du prix.

Cujas pour concilier ces deux lois prétend établir une distinction basée sur la différence qui existerait entre le fait d'être présent et de signer (*præsens* et *adsignans*) et le fait de donner une adhésion complète à l'acte, d'y accorder un plein et entier consentement.

Pour notre part, nous nous permettons de contester cette distinction. La signature n'est autre chose que la manifestation du consentement et le fait d'apposer une signature à un acte peut très bien, suivant les circonstances, entraîner une renonciation complète.

Nous proposons de distinguer suivant que l'aliénation est consentie par le grevé dans son intérêt ou au contraire dans l'intérêt d'un tiers. Consentie dans l'intérêt

(1) Loi 34, p. 2, D. *de legatis*, 2°.

du grevé (c'est l'hypothèse de la loi 88), elle entraîne une renonciation à la substitution elle-même. Consentie au profit d'un tiers, elle entraîne une simple renonciation à l'action en nullité de la part de l'appelé qui adhère à l'aliénation. La loi 92 suppose que les créanciers du défunt saisissent les biens substitués. L'appelé qui pourrait protester, par exemple, parce qu'il est d'autres biens à saisir, n'use pas du bénéfice de discussion et consent à la saisie. Comme il agit dans l'intérêt des créanciers, il n'est pas présumé avoir renoncé à son droit au prix et la loi lui permet de le répéter.

C. — Cas où un intérêt d'ordre général rend l'aliénation légitime.

1. — *Aliénation pour cause de dot.*

Il faut supposer : 1° qu'il s'agit du mariage d'un enfant du testateur ; 2° que les biens de l'enfant grevé sont insuffisants à lui constituer une dot.

Un enfant ayant entre les mains un patrimoine important provenant de la fortune paternelle et grevé entre ses mains d'inaliénabilité, en serait réduit à ne pouvoir s'établir conformément à sa position. Le père n'a pu vouloir pareil résultat. L'eût-il voulu que l'intérêt supérieur du mariage formerait obstacle à ce que sa volonté reçut exécution.

Justinien après s'être écarté, en faveur de la liberté de disposer, de cette solution rationnelle (1), se hâta d'y re-

(1) Loi 3, Code, liv. 6, titre 43.

venir en présence des procès nombreux que sa détermination provoqua. La Novelle 39, ch. 1er rétablit le droit ancien.

2. — *En faveur de la liberté.*

On permit au grevé, en certains cas, d'affranchir l'esclave compris dans l'hérédité à restituer (1).

§ 2. — Autres actes de disposition.

Nous appliquerons purement et simplement aux droits réels démembrés du droit de propriété les solutions données pour le droit de propriété lui-même. Le grevé ne peut pas plus diminuer, par des constitutions d'hypothèque ni de servitude, la chose qu'il doit restituer, qu'il ne pourrait l'aliéner en entier.

(1) Loi 25, § 2, D. liv. 36, titre 1er.

CHAPITRE VI

DE LA PRESCRIPTION.

Distinguons avec soin le droit antérieur à Justinien du droit de Justinien.

§ 1. — Avant Justinien.

Les interprètes posent tous la question en ces termes : « La prescription court-elle contre les appelés » ? Ils vont jusqu'à se demander si le grevé ne pourrait pas prescrire contre l'appelé.

Pour notre part, nous ne croyons pas que l'on puisse, avant l'ouverture de la substitution, parler de prescription à l'égard de l'appelé. Pour que la propriété fût prescrite contre l'appelé il faudrait tout d'abord qu'il eût la propriété au moins conditionnelle de la chose. Or, tout le monde reconnaît que l'appelé, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit sur la chose substituée. Comment pourrait-il perdre un droit réel qui lui fait défaut ?

Nous ne suivrons pas les auteurs dans les longues controverses auxquelles ils se livrent en partant de cette idée d'une condition résolutoire de la propriété opérant

en faveur de l'appelé. Nous analyserons comme toujours notre substitution en une libéralité faite au grevé avec charge d'inaliénabilité au profit de l'appelé. Nous déduirons, en les confirmant par les textes, les solutions que cette analyse commande.

Le grevé, à l'époque qui nous occupe, est propriétaire et propriétaire pour toujours.

C'est donc contre lui, nous disent les textes, que la prescription va courir (1). Mais laisser prescrire, c'est aliéner. Et le tiers acquéreur ignorera forcément, qu'on le remarque, la charge de restitution. Car il aura reçu de bonne foi d'un individu autre que le grevé propriétaire. Tout doit donc rationnellement se passer comme si le grevé avait aliéné au profit d'un tiers de bonne foi.

C'est dire qu'à l'époque classique, la prescription sera maintenue en faveur de l'acquéreur et que, par conséquent l'appelé ne pourra réclamer la chose. Les textes vont même plus loin et décident que si le grevé a été exproprié sans son fait et sans sa faute on n'autorisera pas, par raison d'équité, le substitué à agir contre le grevé. C'est la décision de la loi 22 *ad S. C. Trebellianum*, p. 3 (2).

Nos principes doivent nous conduire à admettre que le temps durant lequel la prescription a couru contre le grevé, comptera, une fois le fidéicommis ouvert, contre

(1) Loi 28, pr. Digeste, liv. 50, tit. 16.
(2) Loi 22, § 3. D. liv. 36, tit. 1er.

le nouveau propriétaire, le substitué. C'est la décision de la loi 70 *ad. S. C. Trebellianum*, p. 2 (1).

§ 2. — Droit de Justinien.

Sous Justinien, le grevé a une propriété affectée d'une charge d'inaliénabilité qui la limite dans sa durée. Propriétaire temporaire, il ne peut laisser prescrire qu'une propriété temporaire. Et, de plein droit, à l'ouverture du fidéicommis, l'appelé pourra réclamer le bien aux mains du tiers qui a prescrit. Les lois 3, Code de communib. *in legatis et fideicom.* et 3 Code *de præscriptione* sanctionnent formellement ces décisions (2).

(1) Loi 70, p. 2. D. liv. 36, tit. 1er.
(2) Loi 3, Code *De præscriptione*, liv. 7, tit. 39.

CHAPITRE VII

DES GARANTIES DUES A L'APPELÉ.

L'appelé n'a, pour l'instant, aucun droit sur les biens substitués. Nous avons vu que, même sous Justinien, il ne pourrait avant l'ouverture du fidéicommis, critiquer les actes d'aliénation accomplis par le grevé.

Mais, de par la volonté du disposant le grevé sera tenu, au jour de sa mort, de restituer les biens qui lui ont été transmis. Il fallait donc, à raison même des pouvoirs absolus qui lui étaient conférés, empêcher le grevé d'abuser, au mépris de la clause de substitution, de la propriété dont il était investi.

L'appelé a droit de prendre des mesures conservatoires destinées à sauvegarder son droit à naître.

I. Le préteur obligea le grevé, dès son entrée en fonctions à fournir caution de restitution (1). Et l'appelé qui, sans cette stipulation garantie par des fidéjusseurs n'aurait eu aucun moyen d'agir pendant la vie du grevé, pourra, dès lors, agir *fideicommissi servandi causâ*. Que si le grevé se refusait à fournir la caution qu'il devait, la sanction de ce refus était, non pas la restitution du fidéicommis, mais une *missio in possessionem* (2). La saisie

(1) Loi 1, par. 1er, liv. 36, tit. 3.
(2) Loi 6, p. 1, D. liv. 36, tit. 4.

pratiquée n'était qu'une saisie-conservation destinée à contraindre, par une sorte de pression morale, le grevé à fournir la caution (1).

Si les liens de la *patria potestas* unissaient l'appelé au grevé, le droit commun formait obstacle à ce que le contrat de stipulation pût intervenir entre eux (2) : car, en droit, leur personnalité juridique se confond. Adrien s'appuyant sur l'équité et sur l'interprétation de la volonté du disposant ordonna, en cette hypothèse, une restitution immédiate du fidéicommis pour abus de jouissance de la part du grevé.

II. Justinien, en outre, contraignit le grevé à garantir par un inventaire la consistance des biens à restituer (3).

A défaut par l'héritier grevé de se conformer à cette prescription, il perd le bénéfice de la quarte ; et, de plus, il est tenu des legs et fidéicommis *ultrà vires*.

(1) Loi 5, pr. D. liv. 36, tit. 4.
(2) Loi 50, D. *ad. senatus-consultum. Trebel.* liv. 26, tit. 1er.
(3) Novelle 1re, ch. II, p. 2.

CHAPITRE VIII

DES CAUSES DE NON-OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION.

La substitution peut se voir arrêtée dans sa formation comme toute libéralité testamentaire par la volonté du disposant, par la renonciation, le prédécès ou l'incapacité du substitué ; par la perte de la chose ; par la caducité de la disposition faite au grevé. Nous n'insisterons que sur les causes offrant intérêt à notre point de vue particulier.

1° *Volonté du substituant.* — Comme toute disposition de dernière volonté, notre substitution est essentiellement révocable par le disposant (1). Nous n'avons pas à exposer les règles de la révocation des dispositions testamentaires.

2° *Renonciation de l'appelé.* — L'appelé, par la mort du grevé acquiert un droit immédiat à la chose substituée (2). La clause d'inaliénabilité insérée en sa faveur donne naissance à son droit. Il y peut évidemment renoncer.

3° 4° *Prédécès ou incapacité du substitué. — Perte de*

(1) Loi 18, D. *de legatis*, 3° (liv. 32).
(2) Loi 26, Code *de fideicomm.*, liv. 6, tit. 42.

la chose substituée. — Il suffit ici encore d'appliquer le droit commun (1).

5° *La caducité de la disposition faite au grevé.* — Il nous faut ici insister et nous efforcer de faire ressortir une fois encore la portée pratique du principe que l'intention du disposant doit être obéie avant tout, en notre matière de substitution.

Les principes rigoureux exigeraient que la clause de substitution mise à la charge d'une disposition caduque disparaisse avec elle (2). L'héritier grevé ne recueille pas : ses co-héritiers voient alors leur droit, restreint jusque-là par le droit de leur co-héritier, prendre le développement naturel qu'il comporte à raison de la règle de la vocation à l'*universum jus defuncti* (3).

Le légataire grevé ne recueille pas : l'héritier aura un legs de moins à supporter.

Le tout, sous la réserve nécessaire du cas où le fidéicommis aurait grevé non pas l'héritier, mais l'hérédité, non pas un légataire en particulier, mais plusieurs légataires conjoints (4).

Mais enfin, la règle générale était que, si, volontairement par sa renonciation ou involontairement par son prédécès ou son incapacité, le grevé ne recueillait pas,

(1) Loi 60, D. *de legatis*, 1°. — Loi 57, D. *de legatis*, 2°. — Loi 22, D. *ad. senatus-consultum, Treb.*

(2) Loi 81, D. *de legatis*, 2°. — Loi 29, Code *de fideicomm.*, liv. 6, tit. 42.

(3) Institutes, liv. III, tit. IV, p. 4.

(4) Loi 122, p. 1, D. *de legatis*, 1°. — Loi 29, p. 1 et 2, *de legatis*, 2°. — Loi 61, p. 1, *de legatis*, 2°.

la charge dont il était tenu disparaissait avec la libéralité qui en était la raison d'être.

A ce droit rigoureux, il fut apporté deux séries de dérogations :

On empêcha d'abord l'héritier de faire tomber par sa renonciation le fidéicommis qui lui était imposé. Mais comme on ne pouvait le contraindre à l'acceptation d'une succession onéreuse pour lui, le sénatus-consulte Pégasien lui reconnut droit au 1/4 de l'actif net héréditaire, au cas d'acceptation volontaire, et l'affranchit au cas d'adition forcée de toutes charges héréditaires (1). Assuré de ne rien perdre, si l'hérédité était mauvaise ; certain de retenir 1/4 des bénéfices s'il acceptait la succession avantageuse, il n'est plus fondé à répudier l'hérédité. S'il a répudié en fraude du fidéicommis, la loi 2, D. *de suis et legitim.*, nous dit que l'héritier *légitime* sera tenu du fidéicommis (2). Nous admettons avec Cujas que le fait pour le grevé de répudier, malgré le sénatus-consulte Pégasien peut suffire à le constituer en état de fraude. L'héritier légitime qui supporte la charge du fidéicommis aurait dès lors un recours contre le grevé.

Le sénatus-consulte Pégasien prémunit donc le fidéicommissaire contre la caducité résultant du fait du grevé.

Mais il restait exposé aux causes de caducité indépendantes de la volonté du fiduciaire. Le fiduciaire est

(1) Loi 4, D. *ad. senatus-consultum, Trebel.* liv. 36, t. 1er. — Inst. *De fideicomm. heredit.*, liv. II, tit. 23.

(2) Loi 2, D. liv. 48, tit. 16.

incapable. Le fiduciaire prédécède. Et le fidéicommissaire que le défunt avait voulu gratifier cependant, perd irrévocablement le bénéfice de la libéralité.

Les disposants avaient pris l'initiative de la réforme, et, profitant de la grande liberté laissée au droit individuel en matière de fidéicommis, ils inséraient dans le testament la *clausula codicillaris* qui imposait l'exécution du fidéicommis au bénéficiaire à qui la caducité du testament aura profité. Le testament tombé revit, à titre de codicille, avec les charges qui le grevaient (1).

Mais, dans le silence du disposant, l'inconvénient ancien subsistait. Et la caducité de la disposition faite au grevé entraînait la caducité de la substitution.

Un rescrit de Caracalla et de Septime-Sévère permit au droit nouveau de modifier cette législation (2). Ce rescrit décidait simplement que tout substitué vulgaire serait tenu des charges qui incombaient à l'institué. En l'absence d'une substitution expresse, au cas où il y avait plusieurs institués appelés par le disposant, et où l'un d'eux renonçait à la succession, les jurisconsultes, s'inspirant de la volonté du défunt, considérèrent les cohéritiers du renonçant comme recueillant sa part, non plus à raison de leur vocation à l'*universum jus defuncti*, mais à raison d'une substitution vulgaire présumée. Substitution vulgaire contraire au droit rigou-

(1) Loi 3, D. *de testam. milit.*, liv. 29, t. 1er. — Loi 41, *in fine*, D. p. 3, *de vulgari et pupillari subst.*, liv. 28, tit. 6. — Loi 81, D. *de legatis*, 3°.

(2) Loi 74, D. *de legatis*, 1°.

reux, car chaque institué a droit au tout et peut venir, *proprio jure*, recueillir la part de ses cohéritiers qui renoncent. Mais, substitution vulgaire qui aura pour effet de changer la *cause d'acquisition* du cohéritier qui profite de l'accroissement, qui le fera venir au lieu et place de l'institué défaillant, et lui imposera en conséquence les charges dont celui-ci était tenu.

Un pas de plus fut fait dans cette voie. On appliqua à la succession légitime, testament présumé du défunt, la disposition prise pour les héritiers expressément appelés par lui (1). Qu'un héritier légitime grevé de fidéicommis renonce, et le bénéficiaire, fût-ce le fisc, qui viendra recueillir en son lieu et place sera tenu des charges qui incombaient à l'héritier légitime (2).

Mais supposons au contraire le fidéicommis imposé à un héritier testamentaire et un héritier légitime venant recueillir en son lieu et place. Devrons-nous encore admettre que l'héritier légitime sera tenu d'acquitter les fidéicommis?

Il y avait à ce que cet effet fût produit un obstacle majeur qui rendait impossible la présomption de substitution vulgaire et l'extension du rescrit de Septime-Sévère. Car le défaut d'adition d'hérédité a fait tomber le testament en son entier. Dès lors, la volonté du défunt est restée sans effet et la substitution vulgaire de l'héri-

(1) Loi 61, D. *de leg.* 2°, p. 1, *in fine*.
(2) Loi 96, D. *de legatis*, 1°, p. 1er.

tier légitime ne se comprend plus guère. Tous droits nés du testament sont éteints.

Le seul remède, en ce cas, est donc que, de lui-même, le testateur ordonne à l'héritier légitime qui recueille d'exécuter les charges à titre de fidéicommis.

Et pour cela il lui faudra recourir à la *clausula codicillaris*. La loi 14, D. *de testam. militis* (1) prouve d'ailleurs que cette clause codicillaire pouvait résulter de la volonté tacite du défunt.

Cette loi 14, après nous avoir dit qu'en matière de testament militaire, la clause codicillaire étant toujours sous-entendue, se demande s'il en est de même pour les testaments des civils. Elle répond, statuant, il est vrai, sur l'hypothèse favorable d'un fidéicommis de liberté, en distinguant deux hypothèses : ou le testateur avait connu le décès de l'institué et partant la nullité du fidéicommis : la clause codicillaire ne sera pas sous-entendue, car le testateur aurait pu recommencer le testament ou insérer la clause codicillaire ; ou le testateur ignorait le décès de l'institué : on présumera que, s'il l'avait connu, il aurait pris ses dispositions pour faire valoir la substitution fidéicommissaire dont on imposera l'exécution à l'héritier légitime.

Suivant nous donc, le Droit romain, dans la mesure la plus large, a favorisé la validité de la substitution en présence de la caducité de la disposition faite au grevé.

(1) Loi 14, D. livre 29, titre 1er.

Mais, à aucune époque, il n'a décidé que, en présence de la nullité du testament, et en l'absence de la volonté exprimée tacitement ou expressément par le disposant, le fidéicommis vaudrait sans le testament auquel il emprunte sa validité.

TROISIÈME PARTIE

LA PERSONNE DE L'APPELÉ

CHAPITRE PREMIER

CAPACITÉ DE L'APPELÉ.

Le fidéicommis était à l'origine une disposition extra-légale par laquelle le testateur s'efforçait de faire prévaloir le droit de l'individu contre le formalisme rigoureux du droit de la Cité. En matière de capacité, les testateurs éludaient les règles relatives aux successions des pérégrins, des femmes, des cœlibes, des orbi, des personnes incertaines. Mais quand la législation impériale eût reconnu le droit individuel du disposant, elle intervint peu à peu pour rechercher l'intention du testateur et pour l'obliger à ne pas contrarier les principes du droit nouveau.

En matière de capacité, un sénatus-consulte d'Adrien contraignit les disposants à se conformer à la législation sur les étrangers. Les incapacités des lois caducaires

durent être respectées depuis le sénatus-consulte Pégasien. Un sénatus-consulte d'Adrien défendit également de laisser des fidéicommis aux personnes incertaines. Une exception fut certainement faite en faveur de notre substitution fidéicommissaire : empêcher le disposant de gratifier l'appelé non conçu, ç'eût été prohiber en fait notre institution.

Cette exception découle, suivant nous, de la nature juridique de notre clause. L'intention du disposant doit être suivie en tant qu'elle n'est pas contraire aux principes du droit nouveau.

En matière de fidéicommis pur et simple, ce qu'a voulu le disposant, c'est donner pour le jour de sa mort, un droit immédiat au fidéicommissaire. Celui-ci devra donc dès l'instant de la libéralité avoir capacité pour recueillir. Il devra n'avoir pas perdu cette capacité au jour du *dies cedens* de son droit.

En matière de fidéicommis à terme ou conditionnel ce qu'a voulu le disposant c'est donner dès l'instant de la libéralité pour le jour de sa mort, un droit qui aura existence aussitôt le décès quoique dépourvu d'exigibilité ou d'effet. Le fidéicommissaire devra donc encore être capable au jour de la libéralité.

En notre matière de substitution, ce qu'a voulu le disposant, c'est non pas gratifier dès maintenant, pour une époque ultérieure, le substitué, mais gratifier uniquement le grevé en lui donnant l'ordre de *faire naître* le droit de l'appelé pour une époque ultérieure. Pour

l'instant, le fidéicommissaire n'a rien reçu du disposant. Il peut être sans capacité ; il peut même ne pas exister. Son droit prendra naissance quand s'éteindra le droit du grevé. Tout se passera comme si, à cet instant, le disposant faisait la libéralité à l'appelé. Et c'est à cet instant seulement que l'appelé devra avoir capacité et existence.

CHAPITRE II

A QUELLE ÉPOQUE SE FAIT LA RESTITUTION A L'APPELÉ.

L'ouverture normale de la substitution se produit au jour de la mort du grevé (1). A cette époque, le droit de l'appelé prend naissance et l'exécution de la clause de substitution peut être réclamée.

Mais, si le grevé veut renoncer à la libéralité qui lui a été faite et se dépouiller avant sa mort, il peut évidemment le faire (2). Pareille restitution anticipée ne se comprend que si elle est à l'avantage de l'appelé : sinon, elle perd tout caractère de libéralité et se trouve contraire à la clause de substitution (3). Supposons par exemple l'appelé en puissance paternelle : la restitution anticipée s'analyserait en une aliénation au profit du *paterfamilias*, ne gratifierait en rien l'appelé et serait contraire à l'intention du disposant.

Il n'est pas davantage exact de dire que, en règle générale, le grevé qui restitue avant le temps satisfait plus pleinement le vœu de l'auteur du fidéicommis. Celui-ci,

(1) Loi 27, p. 11, *ad S.-C. Treb.*, liv. 36, tit. 1er.

(2) Loi 19, D. *quæ in fraudem*, liv. 42, tit. 8. — Loi 12, Code *de fideicom.*, liv. 6, tit. 42.

(3) Loi 114, D. *de legatis*, 1o, par. 11. — Loi 22, D. *ad S.-C. Treb.*, liv, 36, tit. 1er.

nous le savons, a voulu gratifier et le grevé et l'appelé. Il n'y a pas dans la clause de substitution une seule libéralité faite à l'appelé par intermédiaire, mais bien deux libéralités qui prennent naissance l'une après l'autre. La conséquence pratique de ce caractère de la clause de substitution est, en l'espèce, que les créanciers du grevé donateur qui restitue avant sa mort entre les mains de l'appelé, seront autorisés à intenter contre l'appelé l'action Paulienne, pour la révocation de la libéralité à lui faite par le grevé (1).

Que si cependant il résultait des circonstances que cette restitution anticipée a été faite conformément à l'intention du *de cujus* l'idée de fraude à l'endroit des créanciers devrait être écartée et l'action Paulienne ne serait pas admise.

La restitution anticipée ne peut davantage, au cas de pluralité d'appelés, être faite à l'un d'eux au détriment des autres (2).

Ajoutons enfin, pour être complet sur cette matière de l'époque de la restitution, que la condamnation entraînant l'esclavage de la peine, donnait lieu à une ouverture anticipée du fidéicommis.

(1) Loi 19, D. *quæ in fraudem*, liv. 42, tit. 8.
(2) Loi 17, p. 6. Dig. livre 36, titre 1er.

CHAPITRE III

QUELS BIENS SONT RESTITUÉS A L'APPELÉ.

Une étude complète de la restitution opérée parle grevé entre les mains de l'appelé devrait comprendre deux parties. Dans l'une, il faudrait rechercher par quels moyens de droit l'appelé est investi des biens substitués. Puis, dans une seconde partie, il resterait à rechercher, abstraction faite du mécanisme de la restitution, de quels biens l'appelé se trouve investi en dernière analyse. La première partie comprendrait l'étude détaillée des *stipulationes emptæ et venditæ hereditatis* — du sénatus-consulte Trébellien — du sénatus-consulte Pégasien — de la fusion de ces deux sénatus-consultes réalisée sous Justinien. — Cette étude pourrait faire et a fait à plusieurs reprises l'objet d'une thèse spéciale. Elle sortirait au surplus du cadre de notre travail qui se limite aux effets juridiques de la clause d'inaliénabilité affectant les biens substitués.

Abordons immédiatement la seconde partie, laissons de côté la question d'*obligation*, les procédés de restitution et demandons-nous par l'examen de la question de *contribution* quels sont, en définitive, les biens que l'appelé va recueillir.

Remarque : La retenue du 1/4 des biens autorisée par le sénatus-consulte Pégasien en faveur de l'héritier grevé de restitution, a pour but unique de légitimer l'*obligation* de rendre les biens. Elle est la sanction d'un procédé spécial de restitution. Nous n'aurons à en dire que ce qui sera nécessaire à l'intelligence de notre sujet.

Voyons, sous la réserve de cette observation, quels biens seront restitués à l'appelé par le grevé.

Que le grevé doive restituer la chose elle-même, cela va de soi, et après l'étude que nous avons faite relativement à l'obligation qui lui incombe de conserver la chose pour être en mesure de la restituer, nous n'avons sur ce point aucune observation nouvelle à présenter.

Mais, d'une part, à partir de l'ouverture de la substitution, outre la chose, le grevé peut avoir à restituer les fruits qu'elle a produits et d'autre part, sur la chose, le grevé peut avoir certaines déductions à opérer. Il peut avoir à restituer en fait, tantôt plus, tantôt moins que la chose.

Occupons-nous successivement : De la restitution des fruits de la chose. Des déductions que le grevé peut opérer sur la chose.

§ 1. — Restitution des fruits.

Il s'agit uniquement des fruits perçus depuis l'ouverture du fidéicommis. Les principes généraux nous conduisent aux solutions suivantes : Avant Justinien, le

grevé est *débiteur* de la chose à partir de l'ouverture ; l'appelé, créancier, aura droit aux fruits et intérêts de la chose à partir de la mise en demeure. Sous Justinien, l'appelé est propriétaire de la chose par l'acceptation du fidéicommis. Il a droit aux fruits à partir de ce moment.

Ce sont bien ces principes que pose la loi 42 *de usuris et fructibus*.

Fructus qui post adquisitum ex causâ fideicommisi dominium *percipientur ad fideicommissarium pertinere.*

Cujas prétend que le mot *dominium* désigne dans le texte non la propriété, mais la possession. Car, dit-il, comme le grevé est réputé par l'effet rétroactif de la condition, n'avoir jamais été propriétaire, c'est un transfert de possession et non un transfert de propriété que réalise la remise des biens à l'appelé. C'est dès lors à l'époque de la *tradition* qu'il faut s'attacher en vertu de la loi 42, pour déterminer à qui reviennent les fruits de la chose substituée. Nous ne pouvons, pour notre part, admettre une argumentation qui part d'une idée fausse selon nous, à savoir que le grevé a un droit de propriété soumis à une condition résolutoire. La loi 42 nous paraît être l'expression de la doctrine de Justinien. La loi 18, D. pr. liv. 36, t. 1er, *ad. senatus-consultum Trebellianum* nous paraît traduire avec fidélité la doctrine de l'époque classique : *In fideicommissariis hereditatibus, constat non venire fructus nisi ex morâ facta est restitutio.*

Il est un texte que nous nous refusons à comprendre, c'est la loi 4, C. liv. 6, t. 47. « *In legatis et fideicommis-*

sis fructus post litis contestationem, *non ex die mortis consequuntur, sive in personam, sive in rem agatur* ». Il applique au fidéicommis une règle suivie à l'époque classique pour les legs non translatifs de propriété.

Question. — Quand le grevé a droit à la retenue d'une quarte, peut-il garder et les fruits et la quarte ou bien doit-il imputer sur la quarte les fruits perçus?

Antonin le Pieux (1) permit à l'héritier légitime en présence du fidéicommissaire de conserver le 1/4 des biens reçus : l'héritier *ab intestat* ne fut considéré comme héritier tenu à restitution que pour la part excédant la quarte. Il y avait là, dans le droit classique, une sorte de règle d'ordre public à laquelle le disposant ne pouvait déroger.

Le sénatus-consulte Pégasien accordait à l'héritier testamentaire grevé le droit de retenir également le 1/4 des biens à l'encontre du fidéicommissaire : c'était là un droit basé sur une présomption de volonté du défunt et dont celui-ci pouvait priver son héritier. Les empereurs se réservaient le droit de concéder la quarte à l'héritier qui en avait été privé (2).

Justinien dans la Novelle 119, ch. XI, intervint en notre matière de substitution pour décider que, conformément à la volonté du défunt qui a entendu imposer une restitution intégrale, en édictant l'inaliénabilité, le

(1) Loi 18, pr., Digeste, livre 35, titre 2.
(2) Loi 30, p. 5, D., liv. 36, tit. 1er.

grevé de substitution perdrait droit à tout bénéfice de ce genre.

Remarquons enfin qu'à aucune époque un premier fidéicommissaire n'a pu retenir la quarte à l'encontre d'un second fidéicommissaire (1).

Ces principes généraux rappelés, voyons si pour le calcul de la quarte il faut imputer les fruits perçus avant l'ouverture de la substitution et même les fruits perçus depuis l'ouverture de la substitution ?

Toute la question est de savoir s'ils ont été perçus *jure hereditario*, c'est-à-dire si le grevé les a recueillis à titre de jouissance héréditaire.

Les fruits perçus depuis l'ouverture de la substitution ne sont pas perçus *jure hereditario* (2), ce n'est pas la volonté du défunt, c'est l'inaction du fidéicommissaire qui en fait profiter le grevé.

Les fruits perçus avant l'ouverture de la substitution sont au contraire perçus à titre de jouissance voulue par le défunt, *jure hereditario* : ils s'imputent dès lors sur la quarte.

La loi 22, p. 2, *ad. senatus-consultum Trebellianum* consacre formellement ces principes : « *Ex judicio testantis*, fructus qui medio tempore percepti sunt ». C'est pour donner jouissance des fruits au grevé que la restitution a été différée.

L'empereur Zénon intervint en cette matière pour

(1) Loi 22, p. 5, D. Loi 55, p. 2, D. liv. 36, tit. 1er.
(2) Loi 22, p. 2. *ad. S.-C. Trebel.*, liv. 36, t. 1er.

décider qu'il y aurait toujours cumul de la quarte et des fruits quand le grevé serait fils au premier degré du testateur (1).

§ 2. — Déductions opérées par le grevé.

Le grevé, au moment de la restitution des biens sera autorisé à retenir : 1° les dépenses qu'il aura faites sur la chose, et dont il n'avait pas la charge ; 2° les dettes du *de cujus* qu'il aurait payées ; 3° les frais funéraires ; 4° les créances qu'il avait contre le défunt et qu'il n'avait pu exercer par suite de la confusion en un seul patrimoine de son patrimoine créancier et du patrimoine débiteur. Ce que nous dirons de ces créances pourrait d'ailleurs s'appliquer aux servitudes ou autres démembrements de la propriété.

En l'absence de textes spéciaux à la matière des fidéicommis, la question de savoir si le grevé aurait été en droit de retenir le montant de ses créances contre le disposant, eût dépendu de la manière d'envisager la nature juridique de la confusion (2). Faut-il y voir, avec nombre de textes, un payement *brevi manu* que le grevé serait censé avoir reçu du disposant au jour où les deux patrimoines se seraient confondus ? La créance serait éteinte et il paraît bien que le grevé devrait restituer.

(1) Loi 6, Code, *ad. S-C. Trebel.*, livre 6, t. 49.

(2) Loi 50, D. Loi 71, D. *de fidej.*, livre 46, t. 1er. — Loi 31, p. 1, D., *de evictionibus*, livre 21, titre 2.

(*Sic*, Accarias, tome I, p. 1115 note 2 et tome II, page 754). Pérégrinus cependant fait remarquer que par le payement le grevé serait devenu propriétaire des objets à lui payés par une tradition *brevi manu*. Il les aurait dès lors acquis à un titre nouveau et pourrait lors de la restitution les isoler de la masse restituable.

Faut-il voir dans la confusion non pas une extinction de droit, mais une paralysie de fait du droit confondu, en sorte que l'impossibilité d'exercice du droit serait levée aussitôt que les deux patrimoines se trouveraient à nouveau séparés? La loi 73, p. 1, *ad senatus-consultum Trebellianum* peut servir de point d'appui à ce système.

Mais, à notre avis, ce ne sont pas les principes généraux sur la confusion qu'il faut invoquer ici, mais bien les textes spéciaux relatifs à la matière des fidéicommis et qui tous s'appuyent sur l'intention du disposant. Qu'a voulu celui-ci? Laisser son patrimoine au grevé, puis *ce même* patrimoine à l'appelé. *Fundus talis dari debet qualis relictus est.*

C'est donc en vertu de la volonté du disposant, que le grevé a le droit de retenir les biens à restituer jusqu'à concurrence de ce qu'il a droit de toucher en qualité de créancier (1). Que s'il n'a pas profité de son droit de rétention, il aura une *condictio* pour répéter ce qui lui est dû.

Remarque. — Si l'héritier grevé était débiteur du dis-

(1) Loi 60, D. *de legatis*, 1°. — Loi 80, D. *ad. S.-C. Trebel.*, livre 36, titre 1er.

posant, les mêmes principes devraient s'appliquer, en sens inverse (1). Il ne s'agirait évidemment plus de droit de rétention, mais d'une action donnée à l'appelé *ex fideicommissi causâ* pour se faire payer par le grevé,

(1) Loi 20, D. *ad*, S.-C. *Trebel.*, par. 11.

QUATRIÈME PARTIE

LA SUBSTITUTION GRADUELLE

Le disposant après avoir imposé au grevé l'inaliénabilité du bien pour la durée de sa vie peut vouloir assurer, à plusieurs reprises, la transmission du bien d'après un ordre successoral qu'il détermine. Il imposera à l'appelé l'inaliénabilité en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes. Et à ces nouveaux appelés, il imposera peut-être une nouvelle dévolution des biens. En réglant ainsi lui-même pour une série de générations, l'ordre de dévolution des biens substitués, il aura pour but la plupart du temps d'assurer leur conservation dans la famille (1).

Ce fidéicommis de famille est l'origine véritable de la substitution fidéicommissaire de l'ancien droit français. Nous devrions en étudier avec détail le mécanisme si nous nous proposions de faire une étude historique de la clause de substitution. Mais, d'une part, ce fidéicommis a eu en droit romain une importance secondaire : l'idée aristocratique de la conservation des biens dans la fa-

(1) G., II, 260 et 271. — Inst. liv. II, tit. 23, p. 11 et 24. — Loi 77, p. 15, D. *de leg.*, 2°. — Loi 1, p. 7 ; Loi 41, p. 14, *de leg.*, 3°.

mille avait cessé de prévaloir et le rôle du fidéicommis romain a été, tout au contraire, de dégager le droit individuel, nous l'avons montré suffisamment. Si le droit romain a connu le fidéicommis graduel c'est surtout en tant qu'il implique le droit pour l'individu de disposer de ses biens comme il l'entend. La famille en faveur de laquelle il dispose sera la sienne, celle du grevé ou de toute autre personne. Il pourra conférer à un tiers le droit de laisser les biens à celui qu'il jugera le plus digne.

D'autre part nous nous proposons, en droit français, d'étudier la clause de substitution au point de vue de notre législation actuelle où le rôle de la clause de substitution se réduit forcément à essayer d'assurer l'inaliénabilité du bien, non pas dans l'intérêt de sa conservation indéfinie dans la famille, mais en vue de sa transmission suivant la volonté du défunt à une personne dont il veut sauvegarder les intérêts d'une manière toute particulière.

Pour ces raisons, nous n'entrerons pas dans des considérations qui seraient pour nous sans intérêt sur le droit d'élire, sur la portée du mot *familia*, sur l'ordre de dévolution des biens dans la famille.

Les règles de fond qui régissent le fidéicommis graduel sont d'ailleurs celles du fidéicommis ordinaire, sauf quelques particularités.

Le grevé qui restitue après avoir été lui-même appelé à recueillir n'a pas le droit de retenir la quarte Pégasienne, cette disposition est rationnelle : cette quarte est

une compensation imposée à l'héritier du droit civil à raison de la restitution qui lui est imposée. Dans les rapports du fidéicommissaire avec un autre fidéicommissaire, la volonté du disposant doit être en tous points obéie.

Les Institutes (II, 23, 11) paraissent apporter une autre dérogation aux règles du fidéicommis simple. Le grevé ne peut évidemment imposer une charge spéciale à l'appelé : il ne le gratifie pas en restituant ; il lui remet des biens au nom du disposant, auteur unique de la libéralité. Et cependant Justinien nous dit que dans le fidéicommis graduel le grevé de restitution pourra imposer de lui-même une restitution nouvelle à l'appelé entre les mains duquel il restitue. Nous ne pouvons admettre cette solution au moins sans un correctif que la loi 77, par. 31, *de leg.*, 3°, nous paraît d'ailleurs fournir. Elle reproduit la solution des Institutes pour le cas où le grevé a fait à son tour une libéralité à l'appelé. Nous pouvons en effet imposer à notre gratifié une charge quelconque dans la mesure de la libéralité que nous lui faisons.

Le fidéicommis graduel apporte une évidente dérogation au droit commun de la propriété. Aussi ne pouvait-il s'établir par simples conjectures. C'est ce que dit expressément la loi 32, par. 6, *de leg.*, 2°. La substitution fidéicommissaire simple sera présumée. En sens contraire, on invoque la loi 69, D. *de leg.*, 2°, p. 3 Les jurisconsultes voyaient un fidéicommis graduel dans la disposition *ne domus alienaretur, sed in familia relinque-*

retur. Pour concilier ces deux lois, ne pourrait-on pas dire que la déclaration de substitution dans l'intérêt de la famille elle-même, avec affectation dans ce but d'une inaliénabilité portant sur le bien lui-même, suffit à prouver que l'on a entendu soumettre le bien à un régime permanent d'inaliénabilité dans l'intérêt de la famille. Il y aurait là fidéicommis tacite et non fidéicommis conjectural. Cette idée que la substitution graduelle crée un régime permanent d'inaliénabilité a attiré l'attention de Justinien.

En sa novelle 159, chapitre II, il décide, statuant en législateur sur une espèce particulière, que le bien substitué après une succession de 4 générations, se trouvera libre entre les mains du grevé. Cette décision doit-elle être généralisée ? Doit-elle se limiter aux circonstances de la cause ? Il nous paraît difficile de le dire. D'une part, Justinien affirme que tous les cas semblables seront résolus de la même manière. D'autre part, il invoque à maintes reprises les circonstances particulières de la cause. Et enfin, tandis que dans la rubrique de la Novelle, il nous dit que c'est après 4 restitutions opérées que le bien sera libre aux mains du grevé, il s'attache dans la décision au nombre de générations écoulées et non plus à celui des restitutions opérées.

Quoiqu'il en soit voici, dégagée des longueurs et des obscurités de la cause, l'analyse de la partie de la Novelle qui nous intéresse.

Hierius meurt laissant 4 enfants. Constantin, Anthémius, Callipius, Alexandre.

Au premier il lègue le fonds *Coparia*.

A chacun des autres, il lègue un immeuble. Tous les biens sont grevés d'une substitution en faveur de la famille. Ordre est donné à celui des légataires qui meurt sans enfants de restituer aux autres.

Constantin légataire du fonds *Coparia* meurt.

Hiérius (*junior*), son fils, recueille le bien. Il meurt.

Constans, son fils, recueille le bien. Il meurt, mais avant sa puberté.

Il s'avise, à l'encontre du fidéicommis *de familiâ*, de disposer en faveur de sa femme (Maria) et de sa nièce (Maria).

D'après la volonté du disposant, le bien doit retourner à ceux des légataires qui ont des enfants. Alexandre, l'un d'eux, réclame le bien.

Tribonien (quelque peu payé à cet effet, insinue Cujas), repousse sa demande en alléguant, outre une foule d'arguments d'espèce, que 4 générations se sont écoulées et que Constans avait le bien libre entre ses mains.

APPENDICE

LE FIDÉICOMMIS PAR DONATION ENTRE-VIFS.

Primus donne 10 à Secundus en le chargeant de restituer ces 10 au jour de sa mort à Tertius.

Ce que veut Primus c'est rendre d'abord Secundus propriétaire des 10 jusqu'au jour de sa mort. A ce moment Secundus au nom de Primus, le donateur véritable, rendra Tertius propriétaire des 10, à son tour.

L'analogie avec notre substitution fidéicommissaire nous paraît complète. L'intention des parties est la même ; c'est avec grande raison que l'ancien droit français appelait cette donation *sub modo* fidéicommis par donation entre-vifs.

Mais, tandis que dans le fidéicommis, une solution de faveur avait dès avant l'époque classique, permis de donner une satisfaction au moins partielle à l'intention du testateur, dans la donation *sub modo* en faveur d'un tiers, au contraire, pendant longtemps le contrat passé entre Primus et Secundus en faveur de Tertius ne put produire aucun effet, ni à l'égard des contractants, ni à l'égard des tiers (1).

(1) *Sources* : Raymond Saleilles, *Projet de Code civil allemand*, page 259. — Windscheid, Pandecten, II, par. 316. — Maurice Vi-

A l'égard des contractants : comment le stipulant pourrait-il forcer le promettant à restituer à un tiers. Il n'y a aucun intérêt et l'intérêt est la mesure de l'action.

A l'égard du tiers : il n'a pas été partie au contrat ; et les Romains envisageaient l'obligation bien moins par rapport à la prestation qui est en définitive cependant le but de l'opération, qu'eu égard au *vinculum juris* qui attache l'une à l'autre la personne du débiteur et celle du créancier. A raison de la liberté des conventions, il est impossible d'être enchaîné à son insu dans les liens de l'obligation.

A Rome donc, les principes formaient obstacle à ce que le fidéicommis par donation entre-vifs pût recevoir exécution tant à l'égard des parties contractantes que du tiers en faveur duquel elles contractaient.

I. On admit assez tôt que le donateur pût agir par la *condictio ob rem dati* contre le donataire. Il a donné dans un but déterminé ; le but n'est pas rempli ; il révoque la donation (1). C'est, au surplus, sa seule ressource et l'action *præscriptis verbis* n'est pas possible. Le contrat innomé, comme tout autre, ne produit d'effet qu'entre les parties. *Do* tibi *ut des* mihi. Je n'ai en principe aucun intérêt à vous donner pour que vous donniez à un tiers. Le donateur est donc réduit à intenter une *condictio* pour reprendre son bien.

gnès, *Thèse sur les rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui.* Paris, juin 1892. — De Savigny, IV, par. 173 et 175, *Cours de droit romain.*

(1) Lois 9 et 22 C. livre 8, titre 54.

Cette condictio est-elle transmissible aux héritiers? Oui, d'après la loi 3, C. *De don. sub modo. Non*, d'après la loi 10, C. *De don. sub modo* (1).

Pour concilier ces deux textes, disons que la loi 10 Code, vise le cas de révocation pour cause d'ingratitude et non le cas de révocation pour inexécution des charges. Le texte corrige, en nous donnant le motif sur lequel il appuie la demande en révocation (l'ingratitude), ce que sa première partie avait de trop général.

II. Mais le tiers à qui les parties ont voulu de toute évidence accorder un droit ne pourra-t-il pas agir?

Oui, s'il est intervenu à l'opération juridique qui le concerne. Non, s'il y est resté étranger, car le lien de droit se forme par l'accord de deux volontés réciproquement consentantes.

Chez nous, une conception toute différente de la nature du lien d'obligation se fait jour. L'obligation résulte bien plus de l'intention personnelle où nous sommes de nous engager, de la manifestation même unilatérale de notre volonté que de l'accord de notre volonté avec la volonté d'autrui. Je veux faire une donation à un tiers ; pourquoi le contraindre à l'accepter? C'est assez de lui laisser la faculté de la répudier.

Cette formation du lien obligatoire réalisé par une déclaration unilatérale de volonté nous permettra en droit français d'essayer d'expliquer le mécanisme juridique de la substitution fidéicommissaire.

(1) L. 3, C. livre 8, titre 55. *De donationibus sub modo.*

Cette idée n'était d'ailleurs pas restée étrangère aux Romains. C'est elle qui permettait aux Sabiniens de reconnaître au légataire *per vindicationem* un droit de propriété indépendamment de toute acceptation. C'est elle qui permettait au légataire *per damnationem* de devenir créancier du jour même de l'adition d'hérédité. C'est elle qui rendait le mandant directement possesseur par l'intermédiaire du mandataire. C'est elle peut-être aussi qui poussait les Romains à envisager la donation comme un acte unilatéral de la part du donateur. C'est elle enfin qui intervient dans notre hypothèse de la donation *sub modo* en faveur d'un tiers pour permettre au tiers gratifié par le donateur d'exiger du donataire avec lequel il n'a pas contracté, l'accomplissement de la charge qui a été imposée à ce donataire par le disposant.

C'est donc de son propre chef que le tiers a une action pour contraindre le donataire à s'exécuter. Nous rejetons, avec de Savigny, l'idée d'une cession d'action que le donateur aurait tacitement consentie au donataire. Quelle action en effet lui aurait-il cédée? L'action *præscriptis verbis*? Mais il ne l'a pas. L'action en révocation de la donation? Mais ce que veut le tiers, c'est assurer l'exécution de la donation, ce n'est pas arriver à sa révocation.

M. Accarias sous-entend une stipulation tacite intervenue au moment du contrat entre le tiers et le promettant et donne au tiers une action *ex stipulatu utilis*.

Nous préférons, pour notre part, admettre avec de

Savigny que le droit impérial suivit ici l'analogie du fidéicommis.

Cette solution est d'abord logique : car l'opération voulue par les parties est la même dans le fidéicommis et dans la donation *sub modo* en faveur d'un tiers : nous l'avons montré. La seule différence est, d'une part que l'opération se réalise par une *donation*, de l'autre part que l'opération se réalise par *acte de dernière volonté*.

Or, nous croyons que la donation *mortis causà* pouvait, à raison de sa nature de succession, contenir un fidéicommis. Étendant cette règle, Antonin le Pieux permit d'établir un fidéicommis par donation révocable entre-vifs. Dioclétien et Maximien ont fait un pas de plus dans cette voie et ont permis au tiers donataire en vertu d'un *modus* d'agir par une action utile analogue à l'action du fidéicommis.

Mais il faut bien remarquer que la donation *sub modo* ne participe pas pour cela de la nature juridique des dispositions testamentaires par fidéicommis. Les auteurs de l'ancien droit n'ont pu le soutenir que pour justifier par le droit romain leur théorie de la substitution faite par acte entre-vifs. A Rome, il n'y a pas de théorie spéciale à la substitution. Il y a un fidéicommis *post mortem* et une donation *sub modo* en faveur d'un tiers.

L'un suit les règles du fidéicommis ; l'autre, celles de la donation *sub modo* et notamment la règle de l'irrévocabilité sur laquelle nous insisterons quelque peu en terminant.

Cette irrévocabilité rendait peu pratique notre disposition : elle entraînait un abandon définitif de notre patrimoine, abandon effectué de notre vivant.

Cette irrévocabilité formait obstacle à ce qu'un donateur après avoir fait une donation pure et simple vînt imposer après coup une clause de restitution à son gratifié. Pour qu'il puisse imposer une restitution, il faut qu'il fasse une nouvelle libéralité (Cf. art. 1052, C. civil et loi 77, § 31, *De leg.* 3° D.).

Que si la donation était faite *mortis causâ* ou si elle était révocable *ad nutum*, le fait qu'elle est grevée d'un *modus* ne pourrait évidemment changer sa nature, malgré l'intérêt contraire du tiers.

La clause d'inaliénabilité en faveur d'un tiers insérée dans une donation entre-vifs ne reçut d'ailleurs plein et entier effet qu'au jour où la propriété temporaire fut possible à Rome. C'est que le *modus* imposé au donataire est celui *de ne pas aliéner* les biens, dans l'intérêt du bénéficiaire du *modus* ; au jour de la mort du donataire, celui-ci doit en effet les recueillir, d'après la volonté du disposant, dans le patrimoine du gratifié.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES.

Pages

NOTIONS GÉNÉRALES. — Idée sommaire de la clause de substitution. 1

— Le fidéicommis *post mortem* n'a pas eu en droit romain sa théorie spéciale. — L'ancien droit a emprunté la théorie spéciale de la substitution à la théorie générale des Romains sur le fidéicommis.

§ 1er. — *Elle est une substitution* 2

Divers sens du mot substitution. — Notre clause est une substitution *lato sensu*. — Parallèle entre les substitutions vulgaire, pupillaire et fidéicommissaire. — But de notre substitution. — L'institution d'héritier, ni le legs conditionnel, ni le legs partiaire ne peuvent la réaliser.

§ 2. — *Elle est un fidéicommis*. 8

Évolution en faveur du droit individuel du disposant à faire de ses biens, dans son intérêt personnel, tel usage que bon lui semble. — Rôle du droit impérial dans cette évolution. — Obstacle apporté par la double règle de la perpétuité de la qualité d'héritier et de la qualité de propriétaire, à la conception nouvelle de la liberté testamentaire. — La règle *semel heres semper heres* écartée par les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien. — Réalisation de la volonté du substituant par la suppression de la règle de la perpétuité de la qualité de propriétaire.

PREMIÈRE PARTIE. — La personne du disposant.

CHAPITRE PREMIER. — **Formalités de la substitution fidéicommissaire**. 15

SECTION 1re. — *Substitutions expresses*. 18

1re Période : Avant Théodose (période d'indépendance du fidéi-

Pages

commis quant aux formes). — 2e Période : De Théodose à Justinien (le fidéicommis est une disposition légale de dernière volonté distincte du legs). — 3e Période : Droit de Justinien (Période d'exéquation du legs et du fidéicommis).

SECTION 2e. — *Substitutions tacites* 21

§ 1er. — *La volonté du disposant est certaine* 22

I. Le disposant interdit toute aliénation. 23

Clause d'inaliénabilité à Rome. — Imposée à une personne pour la durée de sa vie, en faveur d'une autre personne, elle constitue notre substitution. — De la défense d'aliéner dans l'intérêt de la famille.

1. *Défense d'aliéner hors la famille*. 25

Étude de la loi 38, p. 5, D., *de legatis*, 3e

2. *Défense d'aliéner, même dans la famille*. 27

Cas où les successeurs *ab intestat* du premier gratifié sont étrangers à la famille substituée.

II. Le disposant interdit de tester 28

La disposition s'analyse alors en un fidéicommis *de residuo* au profit des successeurs *ab intestat* du grevé.

III. Le disposant interdit d'aliéner et de tester. 29

§ 2 — *La volonté du disposant est conjecturale*. 30

Le juge peut dégager la volonté probable du disposant. — Application à la question classique : « Les enfants nés dans la condition sont-ils compris dans la substitution » ? — Adoption de la négative.

CHAPITRE II. — **Capacité du disposant**. 33

CHAPITRE III. — **Choses que l'on peut substituer**. 34

Analogie avec le legs *per damnationem*. — De la substitution des meubles. — De la substitution portant sur le droit d'usufruit. — Pourquoi elle peut valoir *jure prætorio*. — Essai de conciliation des lois 29 D. livre 35, titre 2 et 3 D. livre 7, titre 6.

DEUXIÈME PARTIE. — La personne du grevé.

CHAPITRE PREMIER. — **Qui peut être grevé ?** 39

Analyse de la loi : *Sciendem est autem* (loi 1, p. 6, *de legatis* 1e).

CHAPITRE II. — **De la nature du droit du grevé**. 44

Le grevé a une propriété affectuée d'un *modus* d'inaliénabilité dans l'intérêt d'un tiers.

Pages

§ 1er. — Les principes de la perpétuité de la qualité de propriétaire ont reçu, en notre matière, dérogation partielle, dès l'époque classique. 44

§ 2e. — Sous Justinien, la clause de substitution a pu recevoir exécution complète. 46

CHAPITRE III — **Administration du grevé**. 48

Obligation d'agir en bon père de famille. *Quid* des groses réparations ? 48

Libre administration par le grevé. — Des baux *ad modicum tempus* 49

CHAPITRE IV. — **Jouissance du grevé** 51

Des fruits antérieurs à l'adition de l'hérédité. — Des fruits postérieurs à l'adition. — Des accessoires de la chose autres que les fruits.

CHAPITRE V. — **Disposition par le grevé** 53

§ 1er. — *Aliénation proprement dite*. 53

Avant Justinien, le grevé est propriétaire perpétuel. — Atténuation des conséquences rigoureuses du principe. — L'appelé aura l'action en révocation de l'aliénation à l'égard des donataires et des tiers de mauvaise foi. — Droit de Justinien, rigueur de sa législation à l'encontre des tiers. — *Cas particulier* : l'appelé est héritier du grevé.— Exceptions à l'inaliénabilité.

A : Exception découlant de la règle : *Nemo liberalis nisi liberatus* 56

B : Faculté de renonciation laissée à l'appelé. — De la renonciation tacite. — Essai de conciliation tenté par Cujas pour expliquer les lois 88 D. *de leg.* 2°, par. 14 et 92 D. *de leg.* 1°, livre XXX. — Rejet de cette tentative. — Nouvel essai 56

C. Cas où un intérêt d'ordre général légitime l'aliénation 58

§ 2. — *Autres actes de disposition*. 59

CHAPITRE VI. — **De la prescription**. 60

§ 1er. — *Avant Justinien*. 60

La prescription court contre le grevé. — Conséquences dans les rapports de l'appelé et des tiers, de l'appelé et du grevé.

§ 2. — *Sous Justinien*. 62

Conséquences du principe de la propriété *ad tempus*.

Pages

CHAPITRE VII. — **Des garanties dues à l'appelé** 63

Conséquences de l'obligation de restitution. — *Cautio-Missio in possessionem* conservatoire. — Inventaire depuis Justinien.

CHAPITRE VIII. — **Causes de non-ouverture de la substitution** 65

Causes de droit commun. — Étude particulière de la caducité de la disposition faite au grevé. — En principe, elle entraîne la caducité de la substitution. — On empêcha d'abord le grevé de faire tomber la substitution par défaut d'adition. — La *clausula codicillaris* prémunit l'appelé contre l'incapacité ou le prédécès du grevé. — Dans le silence du disposant, un rescrit de Caracalla et de Septime-Sévère contraignit le cohéritier à acquitter les charges qui grevaient son cohéritier. — Extension du rescrit au cas où le fidéicommis est imposé à un héritier légitime qui ne peut recueillir. — Impossibilité de son extension au cas où un héritier légitime recueille au lieu et place d'un héritier testamentaire. — La *clausula codicillaris* est, en ce cas, le seul remède possible.

TROISIÈME PARTIE. — La personne de l'appelé.

CHAPITRE PREMIER. — **Capacité de l'appelé** 73

Règles de capacité avant le droit impérial. — Règles depuis la transformation opérée par le droit nouveau dans le rôle du fidéicommis. — Le fidéicommissaire doit être conçu. — Exception au cas de substitution fidéicommissaire. — Raison d'être.

CHAPITRE II. — **Epoque de la Restitution à l'appelé** . . . 76

L'époque normale est la mort du grevé. — De la restitution anticipée. — L'intention du *de cujus* doit être obéie. — Exercice de l'action Paulienne par les créanciers du grevé.

CHAPITRE III. — **Des biens restitués** 78

Limitation du sujet à la question de contribution.

§ 1er. — *Restitution des fruits* 79

Avant Justinien : Conséquences du droit de *créance* de l'appelé. — Influence de la mise en demeure. — Interprétation de la loi 42 *de usuris et fructibus*. — Droit de Justinien. — Question de l'imputation sur la quarte des fruits perçus. — Droit de Justinien.

§ 2. — *Déductions opérées par le grevé* 83

Des créances du grevé contre le défunt éteintes par la confu-

Pages

sion. — Nature juridique de la confusion. — Il faut ici chercher, avant tout, l'intention du disposant. — Le grevé aura le droit de rétention et une *condictio*.

QUATRIÈME PARTIE. — Substitution graduelle.

Idée générale. — Rôle restreint du *fidéicommis de familiâ* à plusieurs degrés. — Le grevé qui restitue après avoir été appelé n'a pas de quarte à retenir. — Le grevé ne peut imposer de lui-même la restitution à l'appelé auquel il remet les biens : conciliation des Institutes et du Digeste. — Le fidéicommis graduel n'est pas possible par simples conjectures. — Justinien a-t-il limité l'obligation de restituer, à 4 générations ? 87

APPENDICE. — Le Fidéicommis par donation entre-vifs.

L'ancien droit appelait ainsi une variété de la donation *sub modo*. — Exactitude de cette analyse. — Dans la donation *sub modo*, à l'origine, ni le donateur, ni le tiers ne peuvent exiger l'accomplissement du *modus*. — La *condictio ob rem dati* fut accordée au donateur pour reprendre son bien. — Transmissibilité de la *condictio* aux héritiers. — Le tiers eut, depuis Dioclétien, le droit d'exiger de son propre chef l'exécution du *modus*. — Les Romains n'ont pas été, en effet, étrangers à la théorie moderne du contrat en faveur d'un tiers : exemples à l'appui. — En notre matière de fidéicommis par donation entre-vifs, ils ont suivi, par une progression dont on peut retrouver les traces, l'analogie du fidéicommis. — La donation *sub modo* n'est cependant pas, par nature, un fidéicommis ; elle a ses règles propres ; notamment, elle est irrévocable. 93

DROIT FRANÇAIS

DES DISPOSITIONS CONDITIONNELLES

QUI ÉCHAPPENT A LA

PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

INTRODUCTION

En matière d'actes à titre gratuit, le Code civil reconnaît et sanctionne le droit individuel du disposant à faire de ses biens tel usage que bon lui semble. C'est une liberté qui dérive, comme un corollaire nécessaire, du droit de propriété.

En matière successorale notamment, il écarte l'idée d'un droit qui préexisterait en faveur de la famille sur les biens du disposant, dans l'intérêt de la conservation des patrimoines et des traditions.

Il ne considère pas davantage l'État comme investi du droit de disposer des biens des particuliers, au jour de leur mort, dans l'intérêt de la Cité.

Mais le droit individuel du disposant n'est consacré

que sous la réserve de l'ordre public. Réserve assurément nécessaire ! Cependant, les rédacteurs du Code civil nous paraissent avoir singulièrement élargi et même quelque peu forcé la notion de l'ordre public, en matière d'actes à titre gratuit.

La liberté testamentaire entravée par une réserve considérable ; le partage égal rigoureusement exigé ; les conditions contraires aux principes du droit public nouveau effacées, à titre de peine, de toute libéralité ; les substitutions sévèrement prohibées : autant d'obstacles apportés par l'État, dans l'intérêt de l'ordre public, au libre exercice du droit individuel.

C'est la crainte d'un retour aux principes de l'ancien régime, crainte peut-être exagérée dès 1804, et, en tous cas, hors de saison à l'heure actuelle qui nous paraît avoir déterminé les rédacteurs du Code civil à prendre ces mesures restrictives de la liberté de disposition.

C'est l'idée que nous voudrions essayer de dégager, au point de vue qui nous intéresse, en recherchant la raison d'être de la prohibition de notre clause de substitution.

Ce que veut le disposant, c'est obliger le gratifié à conserver les biens pour la durée de sa vie, afin de les remettre au jour de sa mort à une tierce personne. Le disposant est « l'*auteur* de la substitution » ; le premier gratifié est le « *grevé* de substitution » ; le tiers bénéficiaire est « l'*appelé* à la substitution ».

L'effet d'une disposition de cette nature aura pour con-

séquence nécessaire d'empêcher l'aliénation du bien par le grevé au détriment des droits de l'appelé. Le grevé chargé de rendre à l'appelé ne peut disposer du bien que réserve faite du droit de celui-ci. Voyons dans quelle mesure cette inaliénabilité stipulée par le disposant qui fait une substitution peut être considérée comme portant atteinte à l'ordre public.

Cette inaliénabilité a pu être voulue pour assurer la conservation du bien dans la famille : le disposant aura essayé dès lors de soumettre le bien à un régime économique et juridique spécial. Régime économique basé sur la conservation des biens dans l'intérêt de la perpétuité des traditions. Régime juridique basé sur la liberté de disposer de ses biens, non seulement dans son patrimoine, mais aussi dans le patrimoine de celui à qui les biens sont transmis. C'était là le rôle de la substitution dans notre ancien droit ; le but à atteindre était donc d'assurer par la perpétuité des fortunes la perpétuité des traditions. Aussi, les testateurs, après avoir ainsi imposé la conservation du bien à un premier grevé en faveur d'un appelé, imposaient-ils à cet appelé, à son tour transformé en grevé, l'inaliénabilité en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes. A ces nouveaux appelés, il imposait pareillement une nouvelle dévolution des biens. Et ainsi, de génération en génération, il réglait lui-même et pour toujours l'ordre de dévolution de sa fortune. Que le Code civil ait jugé une institution de cette nature contraire aux principes individualistes

de la société moderne, qu'il l'ait condamnée comme contraire à l'ordre public nouveau, rien de plus naturel. Mais la clause de substitution peut jouer un rôle beaucoup plus restreint. Tout d'abord, le disposant peut charger un tiers de conserver un bien pour la durée de sa vie, non plus dans l'intention d'immobiliser le bien dans l'intérêt de la famille, mais en obéissant simplement à cette pensée égoïste mais très humaine qui nous pousse à nous survivre à nous-mêmes, à essayer de nous imposer après notre mort, à faire acte de maître sur les biens qu'il nous faut délaisser. C'est par excès d'individualisme (qu'on nous pardonne l'expression) que pèche alors l'auteur de la substitution et, pour des motifs tout différents, nous approuvons la prohibition de l'article 896.

Mais le disposant peut insérer la clause de substitution sans avoir en vue l'intérêt de la perpétuité des traditions, sans s'abandonner à la pensée égoïste de disposer en maître même après sa mort. Il peut ordonner à une personne de garder le bien pour la durée de sa vie et de le remettre à un tiers au jour de sa mort, et n'avoir en vue que l'intérêt sérieux et appréciable de ce tiers. Il règle alors, au jour de sa mort, suivant son devoir, la dévolution de ses biens au mieux des intérêts de ses successibles, et la clause de substitution n'a rien que de très légitime.

Le Code civil n'a fait aucune de ces distinctions. Pour lui, la substitution est, par nature, une institution anti-

démocratique ; il la prohibe d'une manière absolue, sans tenir un compte suffisant des intentions du *de cujus*.

Aussi voyons-nous, d'une part, nombre de testateurs s'efforcer d'atténuer la prohibition rigoureuse de l'article 896 par une série de dispositions qui se rapprochent de la substitution prohibée sans cependant l'atteindre ; et d'autre part la jurisprudence française la plus récente, se conformant d'ailleurs à sa tendance générale, se montrer, à bon droit, entièrement favorable au droit individuel des disposants.

Parmi les dispositions qui tendent à se rapprocher ainsi de la substitution, les dispositions à condition retardée jusqu'au jour de la mort sont assurément les plus nombreuses et donnent lieu aux distinctions les plus délicates

Nous nous efforcerons dans une première partie, de trouver le *critérium qui permette de séparer* théoriquement *la substitution des dispositions conditionnelles*. Dans une seconde partie, toute pratique, nous essayerons d'appliquer notre critérium à un certain nombre d'espèces.

PREMIÈRE PARTIE

DISTINCTION THÉORIQUE ENTRE LA CLAUSE DE SUBSTITUTION ET LES DISPOSITIONS CONDITIONNELLES

CHAPITRE PREMIER

LE MODUS D'INALIÉNABILITÉ LA VIE DURANT AU PROFIT D'UN TIERS CORRESPOND A LA *définition* DE LA SUBSTITUTION.

Le disposant qui se détermine à faire une libéralité peut la réaliser sans délai, ni condition, ni charge d'aucune sorte. Il se montre généreux sans réserve : la libéralité est dite pure et simple.

Mais le disposant quoique entièrement déterminé à réaliser sa libéralité peut vouloir imposer un délai au gratifié avant de lui laisser exiger l'exécution de la libéralité. Le droit du gratifié est certain, il est actuel, le gratifié recueillera le bénéfice de la disposition : c'est affaire de temps. La libéralité est à terme.

Le disposant peut encore se trouver dans l'incertitude sur le point de savoir s'il fera ou non sa libéralité. Il veut bien donner ; mais il faut pour cela que le gratifié éventuel arrive à telle fonction honorifique, ou bien qu'il se marie, ou qu'il ait des enfants..... Que l'événement auquel était subordonnée l'intention libérale du disposant se réalise, et, tout obstacle disparaissant, la libéralité prend naissance. Mais ici, si le disposant au jour où il a fait sa libéralité avait pu prévoir la réalisation de l'événement, l'incertitude qui l'a seule empêché de faire une libéralité pure et simple ne se serait pas produite et le droit du gratifié n'aurait pas été suspendu. Les principes exigent donc que la formation de la libéralité soit reportée jusqu'au jour où a été faite cette libéralité subordonnée, à ce moment, à un aléa que l'événement depuis lors a reconnu injustifié.

L'incertitude sur l'existence de la libéralité imprime à cette libéralité le caractère conditionnel. L'événement auquel elle est subordonnée s'appelle condition. Le report des effets de la libéralité jusqu'au jour où elle a été faite constitue l'effet rétroactif.

Enfin, le disposant peut aussi, déterminé à donner de suite, sans délai ni condition, exiger cependant de la personne qu'il gratifie l'accomplissement de certaines charges qu'il est tout naturellement en droit de lui imposer à raison de la libéralité qu'il lui a faite. Il ne fait pas de la charge qu'il impose la condition même de sa libéralité ; il entend faire produire à celle-ci un effet immé-

diat et complet. Mais, si le gratifié n'exécute pas, le disposant aura la faculté de reprendre le bien dont il s'était dépouillé, ou, s'il le préfère, pourra contraindre le disposant à l'exécution de la charge. La disposition ainsi faite est une dispostion modale. La charge prend, en droit, le nom de *modus*.

Nous avons jusqu'ici supposé que le disposant agissait dans son intérêt personnel. Mais il peut aussi (et nous nous acheminons ainsi vers la clause de substitution) agir dans l'intérêt d'un tiers, et appeler un autre à profiter du retard dont souffre le gratifié, de l'incertitude à laquelle est soumis le sort de la libéralité, de la charge imposée au gratifié, à titre d'obligé du disposant.

Et ainsi, au cas de libéralité à terme, nous nous trouverons, si le disposant avant l'échéance du terme, a appelé un tiers au bénéfice de la libéralité, en présence de deux gratifiés ayant tous deux un droit à existence actuelle et certaine : le droit de l'un est exigible de suite ; mais il est dès maintenant limité dans sa durée par le droit de l'autre qui sera exigible au bout d'un certain temps.

De même, au cas de libéralité conditionnelle, en attendant la réalisation de la condition, une tierce personne pourra être appelée au bénéfice de la libéralité. Et sa vocation deviendra définitive, si l'événement qui suspend le droit de notre gratifié ne se réalise pas. Mais que l'événement auquel est subordonné le droit du gratifié se réalise, et ce droit va prendre naissance. De plus ici, comme le seul obstacle à la formation complète de son droit avait

été l'incertitude où se trouvait le disposant au sujet de la réalisation de l'événement, et comme cette incertitude a été reconnue injustifiée en fait, il est logique de reporter rétroactivement l'existence effective du droit jusqu'au jour de la libéralité. Des deux libéralités ainsi faites, une seule en droit aura donc existence : ou celle de notre tierce personne, si la condition ne se réalise pas ; ou celle de notre gratifié si la condition se réalise.

De même encore, au cas de libéralité modale, le disposant peut, au lieu de se réserver le bénéfice de la charge qu'il impose au gratifié, appeler un tiers à recueillir ce bénéfice. Et nous aurons alors deux gratifiés respectifs qui tous deux tireront la cause de leur droit, qui tous deux seront les ayant cause du disposant, mais dont l'un recevra des mains de l'autre le titre d'acquisition de sa libéralité. La cause du droit est une : elle émane du disposant, auteur commun de deux libéralités. Mais les titres d'acquisition varient : le premier gratifié reçoit les biens des mains du disposant, et il transmet, en exécution du *modus,* une partie de ce bénéfice à la tierce personne envers laquelle il est grevé du *modus*. Le disposant est l'auteur de la libéralité modale, mais, c'est le gratifié qui la réalise et joue ainsi le rôle d'intermédiaire entre le disposant et le tiers appelé à bénéficier du *modus*.

Et, qu'on le remarque bien, le tiers bénéficiaire du *modus*, n'acquiert d'après l'intention des parties, aucun

droit au jour de la disposition faite à notre gratifié. Ce qu'a voulu le disposant, c'était non pas gratifier de suite le bénéficiaire du *modus,* mais le *faire gratifier* par le donataire, l'héritier ou le légataire. Même si la charge de restitution imposée au gratifié doit s'exécuter immédiatement, il n'en faut pas moins que ce gratifié soit propriétaire du tout pour pouvoir donner à un tiers droit sur une partie de ce tout. Le droit du bénéficiaire ne prendra donc naissance qu'après le droit du gratifié.

Ici donc deux libéralités non plus *alternatives*, comme au cas de deux libéralités conditionnelles, où l'effet rétroactif de la condition a pour résultat de faire disparaître l'une ou l'autre des deux libéralités ; non plus seulement *successives dans leur exigibilité* tout en étant *simultanées dans leur existence,* comme au cas de deux libéralités à terme, où l'une est retardée dans son exigibilité, et l'autre abrégée dans sa durée, où toutes deux cependant ont une existence certaine et actuelle ; mais bien deux libéralités *successives dans leur existence même*, l'une existant de suite, l'autre ne prenant naissance qu'au moment où, d'après la volonté du disposant, le premier gratifié la réalisera. La libéralité modale est, pour ainsi dire, un démembrement de la première ; toutes deux ont une source commune ; mais la libéralité modale n'existe que comme le corollaire de la première libéralité.

Libre d'ailleurs au disposant d'imposer au gratifié telle charge que bon lui semble. Mais il ne peut imposer

une charge contraire à l'ordre public. Il ne peut davantage subordonner l'effet de sa libéralité à l'exécution de la charge qu'il impose ; sinon, la libéralité se transformerait en libéralité conditionnelle. Il ne doit pas davantage imposer une charge qui serait l'équivalent exact de la libéralité qu'il a faite ; sinon l'*animus donandi* disparaîtrait et la disposition cesserait d'être une libéralité. Le disposant ne pourrait pas dire par exemple : Je vous donne tous mes biens, à charge par vous de les restituer immédiatement à un tiers. Pareille libéralité s'analyserait en une donation par personne interposée au profit du tiers. Mais il peut dire : Je donne à Primus un bien à charge de la restituer dans 10 ans à Secundus. En cette hypothèse, Primus aura été plein propriétaire pendant 10 ans : voilà sa part de libéralité. Et, au bout de 10 ans, il devra faire acquérir le bien à Secundus, à raison du *modus* qui lui incombe : et le droit de Secundus prendra naissance à ce moment. Il peut dire aussi : Je donne à Primus tous mes biens ; mais, à sa mort, il devra les restituer à Secundus. Et nous aurons ainsi nos deux libéralités successives dans leur existence même : l'une, au profit de Primus, seul et exclusif propriétaire pendant sa vie ; l'autre au profit de Secundus qui verra son droit naître au moment de la mort de Primus.

Et, en faisant ainsi porter l'obligation de restituer sur l'ensemble du bien transmis, le disposant impose à Primus l'obligation de conserver le bien sa vie durant puisqu'il lui impose la charge de le rendre au jour de sa

mort, à une tierce personne. Le *Modus* dont il grève sa libéralité, c'est donc le *Modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne.

Mais ce *Modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne, c'est notre clause de substitution ! Il correspond (nous venons de l'établir) à sa définition ; il en offre tous les caractères, nous allons essayer de le montrer ; il rend compte de ses effets juridiques ; il la distingue enfin des dispositions à condition retardée jusqu'au jour de la mort du premier gratifié.

CHAPITRE II

LE MODUS D'INALIÉNABILITÉ LA VIE DURANT AU PROFIT D'UNE TIERCE PERSONNE PRÉSENTE LES *caractères* DE LA SUBSTITUTION.

La double transmission. — Le trait de temps. — L'éventualité des dispositions. — L'*ordo successivus*. — Tels sont les caractères que la tradition a de tout temps, reconnus comme constituant l'originalité propre de la substitution prohibée. Reprenons-les un à un, et montrons qu'ils se retrouvent dans notre *Modus* d'inaliénabilité, la vie durant au profit d'une tierce personne.

§ 1. — La Double transmission.

L'acte à titre gratuit, émané du substituant doit contenir en germe deux libéralités dont le substituant lui-même soit l'auteur : l'une, actuelle, au profit du grevé, l'autre, éventuelle, au profit de l'appelé. Grevé et appelé sont tous deux les ayant-cause du disposant.

Nous retrouvons exactement le même caractère dans notre libéralité modale : le tiers bénéficiaire du *Modus* puise, tout comme le gratifié primitif, l'origine de son droit dans l'intention libérale du disposant. L'exécution

de la libéralité modale nécessite donc une double transmission, l'une au profit du gratifié, l'autre au profit du bénéficiaire du *modus*.

§ 2. — Le Trait de temps.

Un intervalle de temps doit séparer les deux libéralités. Elles doivent venir l'une après l'autre. Ce qui exclut l'hypothèse de deux libéralités faites pour valoir l'une à défaut de l'autre et sépare la substitution, réunion de deux libéralités successives, d'avec les dispositions conditionnelles alternatives. Ce qui exclut également l'hypothèse de deux libéralités co-existantes. Et elles co-existeraient évidemment si elles étaient faites purement et simplement et d'une manière simultanée. Mais elles co-existeraient aussi, et ne formeraient pas, suivant nous, dans leur ensemble, une substitution, si elles étaient faites à terme toutes deux, de manière à être successives dans leur exigibilité, tout en étant simultanées dans leur existence.

Le disposant qui substitue n'a pas pu vouloir, disons-nous, donner au droit de l'appelé une existence immédiate : la preuve certaine, à notre avis, en est dans ce fait, qu'il a presque toujours disposé, au profit de personnes qui n'avaient au moment de la disposition aucune existence, qui n'étaient pas encore conçues, qui ne devaient voir le jour que dans plusieurs générations. Dès lors l'intention certaine du disposant a été de faire

deux libéralités qui eussent non seulement leur effet, mais aussi leur existence l'une après l'autre.

Ce qui revient à dire qu'il a voulu faire au grevé une libéralité affectée non pas d'une condition dont l'effet rétroactif aurait anéanti au profit de l'appelé ou au contraire consolidé pour toujours sur la tête du grevé, le droit résultant pour ce dernier de la disposition à titre gratuit ; non pas d'un terme résolutoire au profit de l'appelé (comment rendrait-il propriétaire sous un terme suspensif un appelé qui n'a aucune existence ?) mais bien d'un *modus* d'inaliénabilité dont l'effet sera, comme il l'a voulu, de faire commencer le droit de l'appelé au moment précis où finira le droit du grevé.

§ 3. — L'Ordo successivus.

Le but du substituant est d'organiser lui-même la dévolution successorale des biens qu'il transmet. Dans sa pensée, tout doit se passer comme si l'appelé venait en qualité d'héritier du grevé. A supposer réalisée cette institution d'héritier, conformément aux intentions du substituant, à quel moment aurait pris naissance le droit de l'appelé? Evidemment au jour de la mort du grevé. Or, au lieu de cette institution volontaire, le grevé transmet les biens, au jour de sa mort, à l'appelé, en exécution d'une charge qui lui est imposée. L'appelé n'acquiert de droit qu'à ce moment.

Résultat qui s'explique par notre *modus* d'inaliénabi-

lité qui empêche le grevé de se dépouiller définitivement du bien transmis et qui le contraint à le laisser dans sa succession où l'appelé viendra le recueillir.

§ 4. — L'éventualité.

Le substituant a fait deux transmissions ; l'une produit effet immédiat ; l'autre ne produira son effet qu'au jour de la mort du titulaire de la première. Il va de soi que le bénéficiaire de la seconde transmission devra être conçu au jour où se réalise la libéralité faite à son profit.

Caractère auquel satisfait évidemment notre *modus* d'inaliénabilité, car le gratifié ne pourra exécuter la charge au profit de la tierce personne qu'autant que cette personne existera au jour où doit avoir lieu l'exécution du *modus*.

On le voit donc : l'analyse séparée des caractères constitutifs de la clause d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne et des caractères constitutifs de la clause de substitution nous a prouvé que les deux clauses ayant exactement les mêmes caractères étaient identiques.

Et nous sommes autorisés à dire que la clause de substitution ne confère immédiatement à l'appelé aucun droit conditionnel (comme la doctrine l'enseigne parfois), aucun droit à terme, mais une simple espérance de droit, sans aucune existence actuelle.

Mais, si ce *modus* d'inaliénabilité est véritablement l'instrument qui réalise la substitution, nous devrons retrouver, dans son fonctionnement, la mise en œuvre des principes juridiques qui dérivent de la clause de substitution.

CHAPITRE III

LE MODUS D'INALIÉNABILITÉ LA VIE DURANT AU PROFIT D'UN TIERS REND COMPTE DES *effets* JURIDIQUES DE LA SUBSTITUTION.

Les rapports de droit crées, par la substitution fidéicommissaire ont toujours été, depuis Pothier, (1) résumés par les jurisconsultes, en ces trois propositions :

1° Le grevé est, tant qu'il vit, le seul et vrai propriétaire ;

2° Mais son droit est résoluble par l'arrivée de la condition ;

2° Le substitué n'a aucun droit formé, mais une simple espérance.

Nous nous permettrons de modifier, au moins en la forme, la seconde proposition habituellement présentée par les auteurs dans les termes que nous avons reproduits. Il nous paraît dangereux de dire que le droit du grevé est résoluble et surtout par l'arrivée d'une condition. Veut-on dire par là que le grevé était propriétaire sous condition résolutoire ? On confond totalement les dispositions conditionnelles et la substitution. On est forcé dès lors d'admettre que l'appelé était,

(1) Pothier-Bugnet, Substitutions, tome VIII, page 505.

avant la mort du grevé, propriétaire sous condition suspensive. Que devient alors la première proposition où l'on affirme que le grevé est seul propriétaire ? Que devient la troisième proposition où l'on dénie à l'appelé tout droit avant la mort du grevé ?

Entend-on exprimer par cette proposition le caractère éventuel de la vocation de l'appelé, la nécessité où il se trouve d'être capable de recueillir pour que le droit du grevé disparaisse ? C'est reconnaître une vérité évidente, mais qui n'est pas spéciale à la substitution ; qui partant n'avait pas besoin d'être exprimée, surtout en termes qui prêtent à l'équivoque.

Veut-on dire enfin que le droit du grevé est temporaire et cesse au jour de sa mort ? Ceci est une caractéristique de la clause de substitution nécessaire à formuler clairement. Nous l'exprimerons ainsi : « La mort du grevé éteint son droit pour le remplacer par celui de l'appelé ».

Reprenons maintenant les trois propositions qui expriment les droits conférés aux parties par la substitution et voyons si les mêmes droits résulteraient pour elles d'une libéralité faite avec une clause d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne.

1° *Le grevé est, sa vie durant, seul et vrai propriétaire.*

Propriétaire, il exerce jusqu'au jour de sa mort les droits pleins et entiers du propriétaire. Il administre, il jouit, il exerce tous les droits, il subit l'exercice de tous droits ; il dispose en maître et nul ne peut critiquer les

aliénations qu'il consent. Comment concilier notre *modus* d'inaliénabilité la vie durant avec la faculté d'agir en maître et partant d'aliéner que nous venons de reconnaître au grevé de substitution ?

C'est qu'autre chose est l'inaliénabilité d'un bien qui affecte la chose elle-même d'indisponibilité et qui l'empêche de sortir des mains où elle se trouve, soit dans un but d'intérêt général (biens du domaine public), soit dans le but d'empêcher une personne de s'en dépouiller parce que la loi estime que cette personne doit en rester propriétaire (biens dotaux par exemple) ; autre chose, disons-nous, est l'inaliénabilité et autre chose le *Modus* d'inaliénabilité, *modus* stipulé dans l'intérêt personnel d'un tiers et qui n'affecte le bien que dans la limite exacte de la garantie du droit de ce tiers. Tout ce que peut exiger le bénéficiaire du *modus*, c'est d'être sûr de retrouver le bien le jour où il deviendra propriétaire à son tour. Que faut-il pour cela ? Il n'est pas nécessaire d'empêcher le premier gratifié de faire sortir le bien de ses mains ; il ne serait pas suffisant néanmoins d'*obliger* simplement le premier gratifié à restitution, car alors, s'il aliénait le bien, il ne serait tenu que d'une action personnelle en dommages-intérêts, tandis que l'on veut garantir au bénéficiaire le bien lui-même. Ce qu'il faut et cela est suffisant, c'est grever la propriété du gratifié d'une charge réelle, d'un *modus* qui affectera le bien en quelles que mains qu'il se trouve, sans entraver complètement sa circulation. Propriétaire, le gratifié peut aliéner ; pro-

priétaire grevé d'un *modus* qui limite la durée de son droit, il ne peut consentir que des droits qui aient la même durée que le sien propre.

Le *modus* d'inaliénabilité dans l'intérêt d'un tiers n'entraîne donc pas l'inaliénabilité du bien. Il réalise pleinement l'effet de la substitution eu égard aux droits du grevé : propriétaire sa vie durant, le grevé consent des aliénations valables pour la durée de sa vie.

2° *La mort du grevé éteint son droit pour lui substituer le droit de l'appelé.*

3° *L'appelé n'a aucun droit durant la vie du grevé.*

Les conséquences de ces deux propositions nous fournissent les résultats juridiques suivants : 1° Ce que veut le disposant, c'est que l'appelé voie son droit naître au jour de la mort du grevé ; il entend qu'à ce moment tout se passe comme si l'appelé venait à la succession du grevé ; 2° Et cependant, avant l'ouverture de son droit, l'appelé pourra prendre des mesures conservatoires du droit à naître.

Naissance du droit au moment de la mort du grevé. Mesures conservatoires à prendre en faveur du droit à naître. Tels sont les deux résultats juridiques qu'il nous faut essayer d'expliquer.

I. — *La naissance du droit à la mort du grevé.* — Mais c'est l'*ordo successivus* essentiel à la substitution. Notre *modus* d'inaliénabilité y satisfait ; seul, il est conforme à l'intention du disposant. Nous avons essayé de le prouver. Ce que nous devons étudier maintenant, c'est la

mise en œuvre, à l'aide des principes juridiques, du *modus* d'inaliénabilité, de la clause de substitution.

Remarquons tout d'abord que cette mise en œuvre des principes juridiques (si elle est possible), ne le serait toujours pas pour ceux qui, contrairement à l'intention du disposant, donnent à l'appelé dès le jour de la disposition, au profit du grevé un droit conditionnel ou à terme : la raison en est simple ; l'appelé, la plupart du temps, n'est pas conçu au jour de la disposition. Il ne peut acquérir aucun droit, car il n'a aucune existence ; on prétend cependant le rendre propriétaire à terme ou conditionnel. Non seulement donc, on ne se conforme pas à l'intention du disposant, mais on se heurte de plus à une impossibilité juridique évidente.

Nous avons montré que notre interprétation de la clause de substitution était conforme à l'intention du disposant. Mais la réalisation de cette intention peut-elle se justifier par le libre jeu des principes juridiques ? Nous pourrions, par un raisonnement analogue à celui de Pothier, dire : La meilleure preuve que l'impossibilité juridique n'existe pas, c'est que la clause de substitution a été pratiquée par l'ancien droit, pendant plusieurs siècles, c'est qu'elle est encore reconnue valable, à raison des circonstances, par les articles 1048 et 1049 du Code civil. Elle existe, dirions-nous, donc elle peut exister.

Les besoins de la pratique ont forcé le droit coutumier et forcent encore le Code civil à admettre la possibilité juridique de la clause de substitution, au moins en cer-

taines circonstances spéciales, comme ils forcent par exemple la doctrine et la jurisprudence modernes à admettre la validité des assurances sur la vie au profit d'une personne indéterminée. Mais le rôle de la théorie n'est-il pas de réunir les solutions de fait pour essayer de mettre en relief l'idée générale qui dirigeait, à son insu, la marche de la pratique ; n'est-il pas de poser les principes généraux qui permettent au législateur d'éclairer la voie dans laquelle la pratique s'engage, de favoriser sa marche, si elle lui paraît conforme aux nécessités sociales, de l'arrêter si elle lui paraît dangereuse ?

Inutile de dire que nous n'avons pas cette prétention. Nous pensons seulement qu'il ne serait pas impossible, par l'analyse de la clause de substitution en un *modus* d'inaliénabilité au profit d'un tiers de rattacher la théorie de la subtitution à la théorie moderne des contrats en faveur d'un tiers. Nous étendrions, à plus forte raison, les solutions admises en matière de substitution par donation aux substitutions faites par testament, à raison du rôle plus décisif encore que doit jouer l'intention du disposant en matière testamentaire. Essayons d'expliquer comment nous comprendrions cette application de la substitution à la théorie des contrats en faveur d'un tiers. Voici le problème à résoudre.

Le substituant fait une libéralité au grevé. Il le charge, au jour de sa mort, de restituer les biens à l'appelé. Est-il juridiquement possible de concevoir que le droit de l'appelé ne prenne naissance qu'au jour de la mort du

grevé, c'est-à-dire que le substituant soit en réalité, à ce moment, l'*auteur* de la libéralité et le grevé l'*intermédiaire* qui la réalise ?

D'après les idées communément reçues, pour qu'une obligation prenne naissance, il faut (outre la cause et l'objet) un rapport de droit entre deux personnes, toutes deux consentantes et capables au jour où le lien de droit se forme. Or, dans la clause de substitution, lors de la libéralité faite au grevé, il est certain que le grevé reçoit un bien affecté d'une charge en faveur de l'appelé. Mais l'appelé n'en peut bénéficier, car il n'est pas conçu. Et (même s'il était conçu) dans l'intention des parties il ne devrait acquérir aucun droit. Il y a donc là une obligation du grevé envers l'appelé sans un droit corrélatif pour celui-ci, une charge qui actuellement n'a pas de bénéficiaire.

Et, lors de la seconde libéralité, le disposant d'autre part est peut-être mort depuis longtemps ; les parties cependant lui demandent d'être l'auteur d'une libéralité.

Impossibilité pour l'appelé non conçu d'être bénéficiaire ; nécessité pour le grevé d'être chargé d'un *modus* en sa faveur. Impossibilité pour le substituant décédé de transmettre un droit ; nécessité pour l'appelé de l'acquérir de son chef.

Double obstacle qui ne peut être levé que par une conception particulière du droit stipulé en faveur du tiers appelé dans le contrat passé entre le substituant et le grevé.

Il faudrait donc admettre qu'une personne puisse, dans certains cas exceptionnels, ou bien grever sa propriété en faveur d'une personne, ou bien s'engager elle-même en faveur d'une personne, sans que la personne en faveur de qui elle passe l'acte ait pris aucune part à l'opération. N'ayant pris aucune part à l'opération, elle n'acquiert aucun droit (art. 1165, Code civil) ; la volonté unilatérale de s'obliger manifestée par le disposant n'a produit qu'une charge unilatérale, obligation unilatérale qui deviendra contrat ou qui fera acquérir le droit au jour où le bénéficiaire sera né et de plus aura déclaré vouloir en profiter (art. 1121 du Code civil).

Il n'est pas besoin d'admettre ici, comme on n'hésite pas à le faire de nos jours, qu'une personne puisse acquérir un droit à son insu, sans avoir été partie à l'opération juridique. Mais il faut, si l'on veut expliquer juriquement la clause de substitution, admettre qu'une personne puisse s'obliger, elle ou ses biens, en faveur d'une autre, sans qu'il en résulte pour cette autre un droit immédiat.

Au jour de la libéralité, le grevé a consenti à recevoir un bien affecté d'une charge. La charge vaut et affecte le bien. Si le grevé aliène, il aliène un bien grevé d'une charge.

Qu'advienne la mort du grevé, et nous pouvons comprendre que le substituant quoique décédé, soit l'auteur de la libéralité qui prend naissance à ce moment en faveur de l'appelé. Car la mort ne brise pas une obligation

formée. L'engagement du substituant lui survit, et à cet engagement unilatéral va se joindre maintenant l'acceptation de l'appelé, acceptation qui créera entre le disposant et l'appelé, les relations d'auteur à ayant cause.

En résumé donc, conformément à l'article 1165, l'appelé n'acquiert aucun droit au jour du contrat passé entre le substituant et le grevé, c'est pour lui une *res inter alios acta.*

Et cependant, à ce jour, on a pu stipuler, conformément à l'article 1121 du Code civil, une charge à son profit.

Son droit ne deviendra définitif (art. 1121, *in fine*) qu'au jour où il a déclaré vouloir accepter le droit né en sa personne au jour de la mort du grevé.

Que si l'on se refuse à admettre cette explication, on ne peut cependant nier que la charge de conserver existe dès le jour de la disposition, en faveur de l'appelé non conçu. Si cette charge a un titulaire, il faut donc que ce soit un individu qui n'a aucune existence. Ce qui est assurément impossible. Et pourtant on ne peut guère, à notre avis, conclure à l'impossibilité juridique de la clause de substitution puisqu'elle est expressément permise par les articles 1048 et 1049, puisqu'elle a fonctionné pendant plusieurs siècles.

Et, en tout état de cause, conforme ou non aux principes juridiques, la substitution existe et nous devons analyser l'opération voulue par les parties. Nous espérons avoir établi que notre analyse en une clause d'ina-

liénabilité la vie durant au profit d'un tiers est seule conforme à leur intention.

II. — *Mesures conservatoires à prendre en faveur du droit à naître.* — Si l'on admet que dès le jour de la disposition prise en faveur du grevé, l'appelé a un droit ou conditionnel ou à terme, les mesures conservatoires à prendre en faveur de l'appelé s'expliquent sans aucune difficulté (art. 1280, Code civ.).

Nous nous sommes refusés à admettre qu'une personne qui n'a pas d'existence puisse avoir un droit quelconque; et nous croyons avoir montré que l'intention des parties n'était pas de conférer un droit à l'appelé, au jour de la disposition prise à l'égard du grevé.

Mais, si le droit n'existe pas, la charge de conserver, elle, existe dès le jour de la libéralité faite au grevé. Cette charge, il importe de la faire respecter. Le grevé est obligé envers l'appelé, il doit satisfaire à son obligation. Sans doute, l'appelé qui n'a aucun droit, est impuissant pour sa part à assurer l'exécution de la charge stipulée en sa faveur. La nomination d'un tuteur qui veillera à la conservation des biens n'en est que plus nécessaire.

CHAPITRE IV

DES INCONVÉNIENTS ACTUELS DE LA CLAUSE DE SUBSTITUTION.

Il ne s'agit en rien ici des dangers évidents que le rétablissement illimité de la substitution fidéicommissaire ferait courir aux principes de la démocratie. Qu'un disposant puisse, en transmettant ses biens, les grever d'inaliénabilité entre les mains de plusieurs générations d'appelés ; qu'il puisse, par ce moyen, imposer la conservation indéfinie des biens dans la même famille et régler, à son gré, l'ordre de dévolution successoral des biens qu'il transmet, et la substitution ainsi entendue va constituer une institution politique très utile à un gouvernement aristocratique, au gouvernement anglais par exemple, mais dont le rétablissement législatif, auquel personne ne songe, serait en singulière contradiction avec nos mœurs politiques, avec les mœurs des disposants français. Ceux-ci d'ailleurs seraient bien empêchés de réaliser la moindre de leurs intentions en ce sens, étant donné la prohibition radicale de l'article 896.

D'un ordre moins élevé donc est le danger réel de la clause de substitution, qu'essayent par tous moyens de

glisser dans leurs dispositions, sous l'apparence de dispositions conditionnelles permises, les substituants d'aujourd'hui.

Essayons de découvrir le danger spécial inhérent à la clause de substitution. Sans doute le *modus* d'inaliénabilité entrave la circulation des biens : les droits consentis par le grevé propriétaire temporaire, sont exposés par la survie de l'appelé à n'avoir eux-mêmes qu'une durée temporaire. La mort du grevé viendra priver les tiers des droits qu'ils auront acquis du chef du grevé. Obstacle évident à la solidité du crédit du grevé ! Mais obstacle qui n'est en rien spécial à la substitution ; obstacle qui résulte de la libre faculté qu'a le disposant de faire peser sur les biens qu'il transmet telle charge que bon lui semble. La même atteinte au crédit résulte d'une aliénation sous condition, quand l'événement mis *in conditione* est susceptible de ne se réaliser qu'au jour de la mort du propriétaire conditionnel.

Mais quand il s'agit de la clause d'inaliénabilité, un danger tout spécial est à craindre. Car le disposant peut interdire au gratifié de disposer à son tour des biens, dans la pensée unique de régler lui-même le sort des biens qu'il donne, de faire acte de maître sur des biens dont il s'est cependant dépouillé. Dans son testament surtout, il a pu n'insérer le *modus* d'inaliénabilité que sous l'influence de cette tendance naturelle, mais dangereuse, qui pousse l'homme à vouloir s'imposer après sa mort. Propriétaire, qu'il dispose à son gré, mais il n'a

pas le droit, sans agir dans l'intérêt sérieux et appréciable d'une tierce personne de grever d'inaliénabilité la propriété de celui qu'il gratifie.

Comme la substitution n'est, à notre avis, qu'une variété de la clause d'inaliénabilité, la validité de la clause de substitution dépendrait logiquement de la question de savoir si le disposant a inséré cette clause dans la pensée égoïste d'imposer sa volonté à celui qu'il gratifie, en l'empêchant de disposer à son gré des biens qu'il lui transmet, ou dans la pensée de venir en aide à l'intérêt sérieux et appréciable de l'appelé.

Il s'agirait, en deux mots, d'appliquer ici purement et simplement la théorie de la jurisprudence sur la clause d'inaliénabilité.

Mais le Code civil, nous le savons déjà, s'est laissé dominer par une crainte exagérée du rétablissement des substitutions de l'ancien droit. Même restreinte à une génération, la substitution lui apparaît toujours comme contraire à l'ordre public. Aussi pose-t-il la présomption légale et abolue que l'insertion de la clause d'inaliénabilité la vie durant a été provoquée par des motifs répréhensibles. Il suffit de lire l'exposé des Motifs de Bigot Préameneu (1) pour se convaincre des dispositions hostiles qui animaient les rédacteurs du Code civil à l'égard de toute substitution.

Comme il arrive toujours quand la loi prohibe une institution qui n'offre pas dans l'état des mœurs, des incon-

(1) Exposé des motifs, Locré, tome IX, pages 358, 558.

vénients suffisants pour justifier cette prohibition, les disposants se sont ingéniés à tourner la prohibition de l'article 896.

Par quels moyens ? Nous aurons à le déterminer bientôt. Pour l'instant, constatons seulement que le danger réel offert par la clause de substitution résulte de la faculté qu'elle laisse au disposant de stipuler l'inaliénabilité du bien, dans le but unique de lui imposer une destination spéciale, destination que ne justifie aucun intérêt sérieux et appréciable du tiers appelé à en profiter. Et concluons que le Code civil s'est laissé aller, en prohibant entièrement la clause de substitution, à une crainte qui nous paraît peu en rapport avec le danger réel offert par notre institution.

CHAPITRE V

RAPPORTS ÉTROITS ENTRE LES DISPOSITIONS A CONDITION RETARDÉE JUSQU'AU JOUR DE LA MORT ET LES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES. LEUR DISTINCTION.

Nous avons montré, au chapitre précédent, combien était rigoureuse la prohibition édictée par l'article 896. Il nous faut maintenant indiquer les moyens par lesquels les disposants, aidés de plus en plus par la jurisprudence française, s'efforcent d'approcher aussi près que possible de la clause de substitution par la mise en œuvre des dispositions juridiques permises dont les effets se rapprochent des effets de la clause de substitution prohibée.

Le procédé juridique le plus fréquemment employé est assurément la disposition conditionnelle. Procédé légitime en lui-même et dans les donations entre-vifs et dans les testaments (art. 1040). Nous avons d'ailleurs suffisamment signalé dans notre premier chapitre les différences juridiques qui séparent le *modus* d'inaliénabilité et la condition (1). Nous aurons à montrer ici comment ces moyens différents peuvent conduire à un résultat de fait singulièrement analogue.

(1) Pages 10 et 11.

Remarquons tout d'abord que le disposant en utilisant la disposition conditionnelle ne peut gratifier le donataire ou le légataire que sous la réserve expresse de la nécessité de sa conception au jour de la donation ou du décès du testateur (art. 906). Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse au sujet de la rétroactivité du legs conditionnel, nul ne songe à nier la nécessité de l'existence du légataire au jour du décès du testateur.

Et cette différence certaine entre la substitution et le legs conditionnel, eu égard à l'étendue de leur application pratique, correspond très exactement, remarquons-le de suite, à une différence essentielle déjà signalée à plusieurs reprises entre le mécanisme juridique de la substitution et le mécanisme de la disposition conditionnelle. La substitution ne donne à l'appelé aucun droit au jour de la disposition faite en faveur du grevé : elle ne rend donc pas son existence nécessaire. La disposition conditionnelle donne au légataire un droit en germe dès le jour du décès du disposant, germe susceptible d'avorter, mais qui existe bien que non entièrement développé. Le légataire conditionnel ayant, au jour du décès du testateur, un droit en voie actuelle de formation doit au moins être conçu pour le recueillir.

Sous le bénéfice de cette observation essentielle, étudions l'analogie d'effet qui existe entre le *modus* d'inaliénabilité et la disposition conditionnelle.

La véritable caractéristique de la condition, c'est l'incertitude portant sur l'existence même du droit à con-

férer, incertitude que vient dissiper la réalisation d'un événement. Je ferais une donation à Primus, si j'étais sûr que telle opération engagée me rapportât un bénéfice (*si navis ex Asiâ venerit*) ; ou si le gratifié avait une famille à entretenir (s'il a des enfants).

Cette incertitude dans l'esprit du disposant se trahit de deux façons : ou par la *suspension* de la libéralité jusqu'au jour de l'arrivée de l'événement qui dissipera mes doutes ; ou par la *résolution* de la libéralité pour le cas où l'événement viendrait à justifier mes doutes. L'événement viendra dire si mon incertitude était ou non fondée. Et, dès lors, si mon incertitude était justifiée, tout devra se passer comme si je n'avais fait aucune libéralité. Était-elle injustifiée, tout se passera comme si je n'avais pas hésité à donner. Supposons mon incertitude justifiée : ou j'ai gardé le bien jusqu'à l'arrivée de l'événement, je serai donc réputé ne l'avoir jamais aliéné, ou je me suis dessaisi du bien provisoirement : je le reprendrai donc et serai réputé ne l'avoir jamais abandonné.

Il est aisé de voir que cette incertitude dans l'esprit du disposant produit nécessairement une incertitude dans le transfert du droit ; en l'espèce, une incertitude dans le régime de la propriété du bien, incertitude qui entravera sa circulation et le frappera d'une inaliénabilité de *fait*, attendu que, disposant ou gratifié, propriétaires incertains, ne pourront conférer que des droits résolubles et incertains, comme les leurs.

Mais précisément, c'est là, nous le savons, l'effet du *modus* d'inaliénabilité. Avec cette différence toutefois que la clause d'inaliénabilité stipulée par le disposant crée une instabilité *voulue et expressément édictée* par lui, dans le régime du bien, tandis que l'incertitude dans la propriété qui dérive de la disposition conditionnelle, est une incertitude produite non par la volonté ferme du disposant qui l'aurait stipulée, mais par l'état d'indécision dans lequel lui-même se trouvait, ne sachant à quelle alternative se résoudre ou donner ou conserver son bien.

Différence d'intention qui est, nous le savons, la source de différences juridiques profondes, mais à laquelle correspond également une différence pratique qu'il nous faut mettre en relief. Car la volonté du disposant qui insère la clause d'inaliénabilité dans son intérêt, c'est de se réserver la faculté de reprendre plus tard le bien en l'immobilisant aux mains du gratifié. Et voilà bien pourquoi la loi annule (ou efface) la clause d'inaliénabilité. Au contraire, l'incertitude du disposant n'a rien que de très légitime. Aussi la disposition conditionnelle est parfaitement valable.

Mais toujours est-il que *modus* d'inaliénabilité et disposition conditionnelle vont aboutir à un résultat de fait analogue : rendre instable la propriété pendant un certain temps.

Analogie qui n'est pas une identité même de fait, car 1° le *modus* d'inaliénabilité est inséré par le disposant

dans son intérêt ; 2° la durée de l'instabilité peut être connue dans la clause d'inaliénabilité ; elle demeure toujours incertaine dans la condition.

Pour que condition et *modus* d'inaliénabilité ne puissent plus se distinguer en fait, il faut donc supposer l'inaliénabilité stipulée en faveur d'un tiers et pour une durée incertaine. Stipulée à raison de l'intérêt sérieux et appréciable d'un tiers, la clause d'inaliénabilité doit *logiquement* être permise. Stipulée de plus pour une durée incertaine, la seule différence qui la séparait en fait de la disposition conditionnelle va disparaître.

Ainsi donc, un disposant conditionnel qui hésiterait à donner et ferait porter son hésitation sur le choix de la personne à laquelle il ferait une libéralité et qui dans cette incertitude subordonnerait la libéralité qu'il fait à Primus à un événement dont la réalisation appellerait Secundus à recueillir les biens donnés à Primus : ce disposant conditionnel, disons-nous, aboutirait au même résultat de fait que s'il avait stipulé de Primus l'obligation de garder les biens dans son patrimoine pour les restituer à Secundus au cas où tel événement viendrait à se produire. Et, comme dans les deux cas, il aurait agi dans l'intérêt sérieux et appréciable de Secundus, les deux dispositions pour le coup devraient logiquement être validées.

Et toujours cependant subsisterait entre elles cette différence que l'inaliénabilité a été dans le *modus* expressément voulue et stipulée, tandis que, dans la condition,

l'inaliénabilité n'est qu'une conséquence de l'état d'incertitude du disposant. Différence qui suffirait à rendre non écrite la clause (art. 900) ou nulle (art. 896) la disposition, si l'inaliénabilité avait été stipulée sans l'intérêt sérieux et appréciable d'un tiers.

Mais précisément le *modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne peut être stipulé dans l'intérêt sérieux et appréciable du tiers appelé à en bénéficier. Il rend de plus la propriété instable pour une durée incertaine : la mort se produisant à une époque que l'on ne peut déterminer.

En fait donc, ses effets vont se confondre avec ceux d'une disposition faite à Primus et contenant vocation de Secundus sous une *condition* susceptible de ne se réaliser qu'à la mort de Primus.

Or, à tort ou à raison, la loi (art. 896) frappe de nullité les dispositions affectées du *modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'un tiers.

Les disposants, en présence de cette prohibition, vont se rejeter sur la disposition faite à une personne avec insertion, en faveur d'une autre personne, d'une condition susceptible de produire son effet seulement au jour de la mort de la première personne gratifiée. Et une jurisprudence favorable les aidera à tourner la loi avec la loi elle-même.

Eclaircissons, à l'aide d'un exemple, ces idées nécessairement abstraites et subtiles.

Le testateur, incertain s'il doit léguer à Primus ou

bien à Secundus se décide à faire son legs en faveur de Primus. Mais il lègue aussi la même chose à Secundus pour le cas où Primus viendrait à mourir sans enfants.

Que Primus meure sans enfants et jamais (en droit) il n'aura été légataire. Le droit de Secundus, en se consolidant, va rétroactivement faire disparaître le droit de Primus. Et nous serons en présence de Secundus, seul légataire. En droit, ni trait de temps, ni ordre successif, ni succession de deux libéralités ; une seule libéralité au profit de Secundus.

Mais, en fait, est-ce que Primus n'aura pas eu les biens sa vie durant? Est-ce qu'à sa mort, il ne les remettra pas à Secundus? Est-ce que tout ne se passera pas comme si le disposant avait chargé Primus d'un *modus* d'inaliénabilité en faveur de Secundus et pour la durée de sa vie? Évidemment si ! A cela près toutefois que Secundus, au jour du décès du disposant aura dû être forcément conçu. Condition qui n'est pas requise dans la clause de substitution.

Les résultats *pratiques* (quand Secundus est conçu au jour du décès du testateur) peuvent donc être rigoureusement les mêmes avec ce legs conditionnel et avec la clause de substitution.

Mais alors, comment distinguer le legs conditionnel et la substitution?

En nous rappelant que si le résultat pratique peut être le même, les deux opérations juridiques n'en sont pas moins différentes.

Dans la clause de substitution, le disposant a voulu formellement l'existence de deux libéralités destinées dans sa pensée, en exécution de sa volonté, à créer, contrairement aux exigences de l'article 896 un ordre successif qu'il est impuissant à organiser.

Et c'est donc l'intention du disposant bien plus que les effets de la disposition que le juge devra rechercher pour se prononcer sur la validité d'une disposition suspecte. Les termes employés ne seront pas décisifs. La possibilité d'analyser la clause de substitution en une disposition conditionnelle ne suffit pas à innocenter la disposition incriminée : car, à ce compte, les effets des deux dispositions pouvant être identiques, on pourrait trop facilement donner une interprétation favorable à une clause prohibée.

Le problème dont nous aurons à chercher la solution sera toujours celui-ci : le disposant a-t-il réellement voulu faire deux libéralités successives dans leur existence, gratifier d'abord et exclusivement Primus ; puis et exclusivement Secundus ? Ou a-t-il voulu, dans l'incertitude où il se trouvait, gratifier suivant l'événement, ou Primus seul ou Secundus seul ? Ce qu'il aurait pu vouloir importe peu ; il faut rechercher ce qu'il a en effet voulu. Si nous ne pouvons savoir ce qu'il a voulu, alors, mais alors seulement, nous pourrons nous aider de l'article 1157 et valider par préférence et conformément à nos préférences la disposition soumise à notre interprétation. L'article 896 existe ; il faut le respecter. Tout

ce que nous pouvons faire, avec la jurisprudence c'est de permettre au disposant d'arriver, dans un but légitime, et par des moyens permis, à se rapprocher de la clause de substitution. Il lui est défendu de vouloir une substitution ; il lui est permis de vouloir une disposition conditionnelle qui s'en rapproche singulièrement, mais qui ne la réalise pas.

Nous avons montré, d'une manière générale, l'usage qui peut être fait de la *disposition conditionnelle* dans le but d'atténuer la prohibition rigoureuse de l'article 896. Il nous faut entrer maintenant dans le détail des diverses dispositions conditionnelles employées par la pratique pour se rapprocher, sans l'atteindre cependant du *modus*, d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne.

La substitution vulgaire.

Le droit d'accroissement.

Le droit de retour.

Les dispositions conditionnelles portant sur l'usufruit et sur la nue-propriété.

Les legs conditionnels.

Les substitutions conditionnelles.

DEUXIÈME PARTIE

DISTINCTION PRATIQUE DU MODUS D'INALIÉNABILITÉ LA VIE DURANT ET DES DISPOSITIONS CONDITIONNELLES

CHAPITRE PREMIER

LA SUBSTITUTION VULGAIRE

Je lègue mes biens à Primus. Si Primus ne peut ou ne veut les recueillir, je les lègue à Secundus.

Cette disposition est une application pure et simple du droit laissé à tout disposant de transmettre ses biens à qui bon lui semble. Il a fait un legs à Primus. Dans la crainte que Primus ne puisse ou ne veuille en profiter, il appelle Secundus à son défaut. Rien dans la substitution vulgaire qui puisse nous rappeler les caractères de la substitution fidéicommissaire. Nous n'aurons ici qu'un seul gratifié, qu'une seule transmission et qui s'opérera en un seul instant.

Aucune difficulté donc pour distinguer juridiquement les deux dispositions. Mais ce qui est parfois plus diffi-

cile, étant donné les termes ambigus employés par le disposant, c'est de savoir au juste ce qu'il a voulu faire. Tout ici s'analyse en une recherche d'intention. Et alors de deux choses l'une. Ou nous ne pourrons découvrir la véritable pensée du disposant et nous supposerons alors tout naturellement qu'il a entendu faire une substitution vulgaire (art. 1157) ou les circonstances de fait, les termes employés nous révéleront l'intention où il se trouvait de faire soit une substitution vulgaire, soit une substitution fidéicommissaire et suivant l'une ou l'autre hypothèse, nous validerons la disposition ou nous annulerons l'opération en son ensemble conformément à l'article 896. Et nous prononcerons la nullité quand bien même l'acte pris en soi pourrait être à la rigueur interprété comme contenant une substitution vulgaire pourvu que l'intention contraire du disposant puisse nettement apparaître.

Parcourons quelques espèces.

I. — J'institue Primus mon héritier, et, au cas de décès de Primus, je mets Secundus à sa place (Cass. Dev. 43.1.440).

Le disposant a pu vouloir dire deux choses ; ou bien : j'institue Primus et dans le cas où il viendrait à mourir avant moi, comme il ne pourrait recueillir le bénéfice de son institution, j'appelle Secundus en son lieu et place. Il a fait alors une substitution vulgaire, ou bien : j'institue Primus mon héritier. Il recueillera et au jour de son décès, Secundus sera mis en son lieu et place. Il a

fait alors une substitution fidéicommissaire. La première interprétation nous conduit à valider la disposition, la seconde à l'annuler ; et, comme ici rien ne nous permet de présumer plutôt la substitution vulgaire que la substitution fidéicommissaire nous devrons recourir à l'interprétation favorable commandée par l'article 1157 et pencher vers la substitution vulgaire et la validité de la disposition.

II. — J'institue Primus mon héritier, et, s'il meurt sans enfants, je mets Secundus à sa place (1).

Faut-il voir dans cette condition, « s'il meurt sans enfants », l'indice d'une substitution fidéicommissaire?

M. Rolland de Villargues le soutient, en certains cas du moins, et présente à l'appui de sa prétention une argumentation des plus subtiles. Essayons de la saisir (2).

C'est à l'intention du *de cujus* qu'il nous faut obéir. Or, quelle est l'intention du disposant quand il insère la clause « si mon premier gratifié meurt sans enfants. » Elle est, nous dit M. Rolland de Villargues, de faire en sorte que le substitué soit appelé, pourvu que ni le premier gratifié, ni ses enfants n'aient à en souffrir.

Or, pour réaliser cette intention que doit faire le disposant? Une substitution vulgaire sera suffisante si les enfants du premier gratifié sont les héritiers du disposant. Car de deux choses l'une : ou le premier gratifié meurt après le disposant, il pourra donc recueillir ; ou le

(1) Comparez, Thèse romaine, page 31.
(2) Rolland de Villargues, *Des substitutions*, nº 239.

premier gratifié meurt avant le disposant, mais alors ses enfants, héritiers du disposant, vont eux aussi recueillir. Et, en tout état de cause, la volonté du disposant sera satisfaite.

Mais tout change et une substitution fidéicommissaire va devenir indispensable, pour assurer le respect de la volonté du *de cujus*, si les enfants du premier gratifié ne sont pas les héritiers du disposant. Car, s'il n'y avait qu'une substitution vulgaire, il suffirait de supposer que le premier gratifié meure avant le disposant pour que sa vocation s'éteigne. Et, s'il a des enfants, ni les enfants, ni le substitué ne pourront recueillir le bénéfice de la libéralité. Les enfants, parce qu'ils ne sont pas appelés. Le substitué, parce que la condition est défaillie. La substitution vulgaire ne nous permet donc pas de donner une interprétation raisonnable de la volonté du *de cujus*. Il a voulu appeler ou le gratifié et ses enfants, ou le substitué. Aucun des trois ne viendra recueillir la libéralité.

Avec la substitution fidéicommissaire, les intentions du *de cujus* sont remplies. Le premier gratifié recueillera les biens. S'il a des enfants, ils seront ses héritiers naturels. S'il n'en a pas, les biens passeront au substitué appelé après lui.

Argumentation très ingénieuse sans doute. Mais est-il vrai de dire que l'intention certaine du disposant était de préférer le gratifié et ses enfants au substitué ? Si oui pourquoi n'avoir pas appelé les enfants à la substitu-

tion ? Il les a mis seulement dans la condition ; c'est donc qu'il entendait simplement faire de la non existence des enfants une condition de la vocation du second gratifié ; dire en un mot : j'institue Secundus pour le cas où Primus mourrait avant moi et sans avoir d'enfants. Vous dites : si le premier gratifié meurt avant le disposant, ni lui, ni ses enfants, ni le substitué ne recueillent. Nous répondrons : Mais si le testateur voulait faire venir les enfants à la disposition, pourquoi ne les y a-t-il pas appelés ? ou s'il voulait que le substitué recueillit les biens, même si le premier gratifié avait des enfants, pourquoi donc avoir subordonné sa vocation à la mort de ce gratifié sans enfants ?

Sans doute, s'il apparaît que le testateur a suivi le raisonnement ingénieux de M. Rolland de Villargues, s'il résulte des circonstances de la cause qu'il a entendu faire une substitution fidéicommissaire, il nous faudra annuler sa disposition. Mais il nous suffit qu'il ait pu vouloir une substitution vulgaire subordonnée à la condition du prédécès du premier institué sans enfants, pour que nous puissions être autorisés à rechercher si réellement il a voulu la faire et à présumer même dans le doute qu'il a entendu la faire plutôt qu'une disposition nulle.

III. — Un testateur institue plusieurs héritiers. Si l'un d'eux décède sans enfants, sa portion sera réversible aux autres (Cass., 10 juin 1820).

Dans les hypothèses précédentes, nous avons réservé

l'intention possible de la part du disposant d'avoir voulu faire une substitution fidéicommissaire. En l'espèce, l'ensemble de la disposition nous paraît indiquer chez le disposant l'intention de faire profiter les cohéritiers de la caducité de l'institution faite au profit de l'un d'entre eux. Si l'un d'eux décède sans enfants, que les autres en profitent : tel est le sens naturel de la disposition. Les termes employés « portion réversible aux autres » expriment l'idée d'une portion non recueillie par l'un des cohéritiers et dont naturellement, le bénéfice devra rejaillir sur les autres. La substitution vulgaire est ici non seulement possible, mais seule possible à notre avis.

CHAPITRE II

LE DROIT D'ACCROISSEMENT

Deux successeurs *in universum jus* sont appelés à une hérédité. Tous deux ont une vocation éventuelle à recueillir toute la succession, car tous deux ont droit à l'*universum jus defuncti*. Mais le droit de l'un est forcément limité dans son étendue naturelle par le droit de même nature de son cohéritier. Appelés à plusieurs pour recueillir le tout, ils doivent partager. Mais que l'un d'eux ne puisse ou ne veuille recueillir et le droit de l'autre jusque-là comprimé par le sien va prendre son développement normal et s'étendre à la succession toute entière.

Deux légataires sont appelés à la même chose. Leur qualité de légataire ne leur donne évidemment pas un droit naturel à la chose toute entière. Mais l'intention du *de cujus* a pu être de les appeler chacun à la chose entière. A défaut de cette intention manifestée ou légalement présumée (art. 1044, 1045), ils ont chacun un droit précis et déterminé à une partie du tout ; aucune indivision n'existe entre eux ; chacun a son droit limité. Que l'un d'eux ne recueille pas, et sa part fait retour à la succession d'où elle était sortie. Mais si le *de cujus* a

manifesté l'intention de les appeler tous deux à recueillir la chose entière, ils vont ici encore avoir un droit naturel au tout, droit limité uniquement par le droit du colégataire et qui prendra son extension normale, si le droit qui le gênait vient à disparaître.

Ce droit des héritiers ou légataires à recueillir les parts que ne peuvent ou ne veulent recueillir leurs cohéritiers ou colégataires s'appelle droit d'accroissement.

Il s'explique très généralement par l'idée d'une substitution vulgaire tacite et, en tous cas, ne diffère pas moins de la substitution fidéicommissaire que la substitution vulgaire expresse. Ici, pas plus que dans cette dernière, nous ne rencontrons la double transmission, ni l'ordre successif ; mais bien une seule et même transmission au profit d'un seul et même gratifié, le cohéritier ou colégataire qui recueille le droit auquel il était appelé en vertu de sa vocation héréditaire ou testamentaire.

La difficulté sera donc d'abord, comme tout à l'heure pour la substitution vulgaire, non de distinguer les deux opérations juridiques : substitution et droit d'accroissement, mais de savoir ce qu'a voulu le disposant. L'ambiguïté de la disposition sera la source d'une première difficulté.

Dire en effet : « la part de Primus *accroîtra* à Secundus », c'est dire : ou bien « j'appelle Primus et Secundus ; si Primus ne recueille pas sa part, Secundus aura droit au tout ». Ceci est le droit d'accroissement, ou

bien « j'appelle Primus ; qu'il recueille d'abord et qu'après un certain temps, qu'à sa mort par exemple, sa part accroisse à Secundus ». Ceci n'est plus évidemment notre droit d'accroissement. Mais est-ce la substitution fidéicommissaire ? Nous aurons à le rechercher et à essayer d'établir que cette disposition (sauf volonté contraire du disposant) constitue en principe une disposition conditionnelle permise.

Quoiqu'il en soit d'ailleurs, il nous faut, avant tout, savoir ce qu'a voulu le disposant, ou stipuler le droit d'accroissement, ou décider que Primus recueillera seul pour que sa part, après lui, accroisse à Secundus.

Sa volonté connue, nous rechercherons avec soin si, dans l'hypothèse même où il entendait par accroissement la venue de Secundus après Primus, il a réalisé la substitution fidéicommissaire ou une disposition conditionnelle permise.

Pour savoir si le disposant a établi le droit d'accroissement, c'est à son intention qu'il faut nous attacher. Nous ne pourrons plus ici pour notre part, nous servir de l'article 1157 comme règle d'interprétation, car nous estimons que le disposant, s'il n'a pas voulu le droit d'accroissement proprement dit, a voulu en principe réaliser non la substitution prohibée, mais une double disposition conditionnelle permise. Par contre l'article 1158 nous permet de poser une présomption analogue à celle de l'article 1157. « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient

le plus à la matière du contrat » (ou plus généralement de l'acte juridique). Or, il est naturel de présumer qu'en se servant du mot « accroissement », les parties ont donné à ce mot le sens qu'il revêt dans la langue juridique usuelle. Nous présumerons donc, dans le doute, que le disposant a entendu insérer dans son testament ou dans sa donation, une clause d'accroissement proprement dit. Le tout sous la réserve d'une intention contraire expresse ou tacite.

Cette matière, toute de fait, comprend une série de questions analogues aux questions examinées à propos de la distinction entre la substitution vulgaire et la fidéicommissaire. Aussi, pour éviter d'inutiles répétitions, nous nous dispenserons d'examiner la jurisprudence sur ces questions.

Arrivons maintenant à la question vraiment intéressante et délicate qui se pose à propos de l'accroissement. Étant donné que le disposant n'a pas entendu stipuler le véritable droit d'accroissement, c'est-à-dire faire un legs conjointement à Primus et à Secundus en appelant Secundus à recueillir la part non recueillie par Primus, étant donné que le disposant a entendu dire que Primus recueillerait d'abord le legs, puis que, à son décès, Secundus, par voie d'accroissement, recueillerait sa part, faut-il dire que le disposant a substitué fidéicommissairement Secundus à Primus ; faut-il dire, au contraire, qu'il a pris deux dispositions conditionnelles, l'une au profit de Primus, l'autre au profit de Secundus ?

En d'autres termes, le testateur en prenant pareille disposition, était-il dans l'incertitude sur le point de savoir à qui des deux, Primus ou Secundus, il ferait sa libéralité? Et, dans cette incertitude, a-t-il donné à tous deux un droit immédiat et résoluble, ou bien a-t-il disposé uniquement en faveur de Primus, en lui imposant volontairement l'obligation de restituer sa part, au jour de sa mort, à Secundus? Nous croyons, pour notre part, que la stipulation d'accroissement au profit de Secundus de la part antérieurement recueillie par Primus ne constitue pas une substitution fidéicommissaire, à moins de preuve de l'intention contraire du disposant.

Dire en effet à Secundus : outre votre part dans le legs, vous recueillerez par voie d'accroissement la part de Primus au jour de son décès, c'est lui conférer, à notre avis, sur cette part, un droit actuel non encore parvenu à son entier développement, mais qui recevra son extension définitive, son *accroissement* normal au jour du décès de Primus. Le disposant ne sait s'il doit gratifier Secundus pour le tout ou donner une part à Primus. Il investit Primus, mais son hésitation se trahit par la concession qu'il fait à Secundus d'un droit en germe, susceptible de prendre accroissement et de faire disparaître le droit incertain et chancelant de Primus. Une libéralité et une seule doit être faite. A Primus, si le droit de Secundus ne se développe pas. A Secundus si par suite de sa survie à Primus, son droit peut recevoir une extension naturelle et normale.

Sans doute, nous le savons déjà, les effets de cette incertitude seront, en fait, les mêmes que si l'inaliénabilité avait été stipulée au profit de Secundus pour la durée de la vie de Primus. Mais c'est là une conséquence forcée des principes sur la condition rétroactive. Cette inaliénabilité a-t-elle été voulue, exprimée par le disposant? Il y a dès lors substitution, charge d'inaliénabilité la vie durant. Mais est-elle, comme ici, le résultat de l'indécision du disposant qui ne sachant à quel parti se résoudre, gratifier Primus ou Secundus se décide à un moyen terme et les gratifie tous deux conditionnellement? Il y a disposition permise.

Or, ici à raison des termes employés par le disposant, à raison de la libéralité déjà faite à Secundus et dont la seconde n'est que le développement tout naturel, nous ne devons pas hésiter à présumer, conformément à l'article 1157, que le disposant a eu l'intention de donner à Secundus sur la part de Primus un droit conditionnel immédiat.

Étudions les applications de la jurisprudence que nos principes justifient d'ailleurs entièrement.

I. — Une donation est faite à plusieurs personnes sous la double condition qu'elles ne pourront pas disposer des objets donnés tant qu'elles ne seront pas mariées et qu'au cas de décès de l'un des donataires avant son mariage, les biens à lui transmis seront dévolus aux autres (Paris, 16 février 1859. S. 60. 2. 186).

Faut-il présumer la substitution fidéicommissaire ?

On pourrait dire : le disposant frappe expressément d'inaliénabilité entre les mains de chaque donataire la part dont il le gratifie. Il impose de plus à chacun l'obligation de restituer à ses codonataires au jour de sa mort. Sans doute, pour échapper à cette obligation de restituer, il suffirait au donataire de se marier. Mais il suit de là simplement que le *modus* d'inaliénabilité est conditionnel. Il n'en grève pas moins chaque donataire. La substitution est conditionnelle, mais elle n'en existe pas moins. Charge de conserver toute sa vie ; charge de rendre au jour de sa mort. Comment ne pas reconnaître les caractères de la substitution ? Nous répondons : sans doute, l'inaliénabilité du bien va résulter de la donation. Mais il ne suffit pas qu'il y ait inaliénabilité pour qu'il y ait substitution. Il est inexact d'affirmer que le disposant a stipulé l'inaliénabilité pour disposer deux fois de son bien ; une première fois, au jour de la donation ; une seconde fois, au jour de la mort du donataire, en état de célibat. Cette intention est possible sans doute, mais, comme elle est contraire à la loi, il faudrait la prouver. Il est bien plus naturel au surplus de supposer que la raison d'être de la disposition, c'est l'incertitude où se trouvait le donateur sur le point de savoir si les donataires se marieraient ou non. Dans l'impossibilité de savoir si les donataires mourront ou non en état de célibat, il s'en réfère à l'événement. Il se décide à donner de suite, et sa libéralité sera définitive pour tout donataire qui se mariera. Mais la part de tout

donataire mort célibataire sera attribuée à ses codonataires.

II. — Un raisonnement identique devrait être suivi en cette hypothèse.

Un testateur, après avoir institué pour légataires universels conjointement et avec droit d'accroissement au cas de prédécès de l'une d'elles ses deux nièces, déclare que la propriété des biens recueillis leur appartiendra dès le jour de son décès ; mais ajoute que le legs est fait sous la condition qu'elles atteindront leur majorité ou que l'une d'elles atteindra sa majorité (S. 74. 1. 5).

L'intention de ne faire de legs définitif que pour l'hypothèse où la majorité serait atteinte par l'un ou l'autre des gratifiés est ici exprimée tout au long. Le disposant ne veut pas disposer deux fois, mais une seule fois et au profit de ses nièces majeures. Que l'une meure en minorité, et elle n'aura jamais été gratifiée.

CHAPITRE III

LE DROIT DE RETOUR

L'article 951 du Code civil permet au donateur d'insérer dans sa libéralité une clause en vertu de laquelle le bien lui sera rendu si le donataire vient à mourir avant lui, tantôt seul, tantôt pour le cas seulement où il laisserait de la postérité. Nous ne pourrons évidemment ici retrouver les éléments de la substitution prohibée. Le donateur avait subordonné sa libéralité à une condition résolutoire. La condition se réalise. Le donateur reprend son bien et la libéralité est rétroactivement effacée. Sans doute le bien sera, pour la durée de la vie du donataire, frappé d'inaliénabilité entre ses mains ; nous n'avons plus à répéter que c'est l'effet inhérent à toute libéralité conditionnelle de rendre la propriété incertaine entre les mains du gratifié conditionnel. A la mort du donataire, les biens rentreront dans le patrimoine du disposant, d'où ils seront réputés n'être jamais sortis.

Mais au lieu de faire rentrer les biens dans son patrimoine, le disposant peut vouloir les faire *entrer* à la mort du premier gratifié dans le patrimoine d'une tierce personne ou dans le patrimoine de ses héritiers à lui. Il déclare stipuler ce qu'il appelle le droit de retour soit au

profit d'un tiers, soit au profit de ses héritiers. L'expression « droit de retour » dont il s'est servi déguise sa pensée véritable : les biens ne peuvent *retourner* qu'au patrimoine dont ils sont sortis. Or, jamais les tiers, jamais les héritiers n'ont eu ces biens dans leur patrimoine. La vérité est qu'ils vont les acquérir pour la première fois. Et tout va se passer comme si, au moment de la mort du premier gratifié, le disposant réglait pour la seconde fois le sort des biens qu'il transmet et les attribuait soit au tiers, soit à ses héritiers. Nous aurons ici, dans la pensée du disposant, deux transmissions de propriété successives, l'une au profit du premier donataire, l'autre au profit du tiers appelé après lui ou des héritiers qui recueilleront le bien entre les mains du premier donataire. Celui-ci devra donc, pour obéir à la volonté du disposant, conserver les biens sa vie durant et les rendre à une autre personne au jour de son décès. Voilà bien, pour cette fois, notre clause de substitution.

A cette manière d'analyser la clause de retour stipulée en faveur de nos héritiers ou d'un tiers, M. Laurent présente une objection au premier abord très séduisante (1). Sans doute, dit-il, l'intention du disposant peut être celle que vous lui supposez. Mais ne peut-il pas aussi — et c'est bien là l'idée du droit de retour — avoir stipulé sous condition résolutoire au profit du premier gratifié et partant sous condition suspensive au profit de ceux qu'il appelle à recueillir après ce premier gratifié ? N'a-

(1) Laurent, tome XIV, Des substitutions, pages 541 à 545.

vons-nous pas dès lors, deux dispositions (légitimes en elles-mêmes si l'article 951 ne les déclarait juridiquement impossibles), l'une faite au premier gratifié sous la condition qu'il survivra au tiers ou aux héritiers du disposant ; l autre faite soit au tiers soit aux héritiers sous la condition de survie au premier gratifié ? Condition résolutoire au profit du donateur, voilà ce que permet l'article 951 ! Condition résolutoire au profit d'un tiers, stipulée sous le nom de droit de retour, voilà ce que défend ce même article, ce qu'il déclare juridiquement impossible et partant répute non écrit aux termes de l'article 900 !

L'argumentation de M. Laurent nous paraît reposer sur une pétition de principe. Il nous dit : Le droit de retour au profit du donateur est une condition résolutoire à son profit ; donc, le droit de retour au profit d'un tiers est une condition résolutoire au profit de ce tiers. Mais ceci n'est vrai que si le droit de retour au profit d'un tiers a la même nature que le droit de retour au profit du donateur. Et c'est là précisément ce que nous contestons. Le véritable droit de retour est une condition résolutoire. Mais ce qu'il a plu au disposant de qualifier « droit de retour » au profit d'un tiers, n'a du droit de retour et de la condition résolutoire qui s'y rattache que le nom et l'apparence ! Pour que les biens, par l'effet de la résolution, retournent dans le patrimoine du tiers, il faudrait au moins qu'ils s'y soient quelquefois trouvés. Or, jamais le tiers n'a eu ces biens dans son patrimoine.

Il en devient propriétaire pour la première fois, au jour du décès du premier gratifié. Et c'est bien là l'effet du *modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'un tiers, d'entraîner deux mutations de propriété successives, l'une au profit du grevé pour la durée de sa vie ; l'autre, au profit de l'appelé à partir de la mort du grevé.

Aussi croyons-nous, d'accord en cela avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, qu'il faut voir dans la prétendue stipulation d'un droit de retour au profit d'un tiers deux attributions successives de propriété qui entraînent pour le premier gratifié l'obligation de conserver le bien toute sa vie pour le rendre à un tiers au jour de sa mort.

Mais le disposant peut aussi stipuler le retour pour lui et pour un tiers, pour lui et pour ses héritiers. Nous croyons, pour notre part, qu'une pareille stipulation contient une substitution fidéicommissaire subordonnée à la condition que le disposant meure avant le premier gratifié, et cela même si le disposant a stipulé pour lui et pour ses héritiers.

C'est l'opinion très générale que le retour stipulé au profit du donateur et d'un tiers constitue une substitution fidéicommissaire. Jamais ce tiers n'aurait eu droit, sans la clause de retour, au bien qu'on lui attribue. Il y a donc là une véritable libéralité faite pour la première fois au tiers et faite pour valoir après la libéralité au premier gratifié.

Mais si le retour est stipulé en faveur du donateur et

de ses héritiers, on admet presque unanimement qu'il n'y a plus substitution prohibée. Car, dit-on, le bien en passant aux héritiers, au lieu de revenir au donateur ne fait que suivre sa destination naturelle et normale. Sans doute, l'article 951 prohibe cette clause de retour stipulée au profit des héritiers du donateur ; mais il ne voit là qu'une exagération contraire à la loi, et partant tenue pour non avenue, d'une stipulation légitime en soi, de la stipulation de retour dans le patrimoine du donateur. L'article 900 est applicable, non l'article 896.

Ce raisonnement ne nous satisfait point. Il n'est pas exact, à notre avis, de prétendre que le bien une fois revenu dans le patrimoine du donateur, doive faire naturellement retour à ses héritiers. Une fois le donateur remis en la possession de son bien, il serait parfaitement libre d'en disposer soit au profit de ses héritiers, soit au profit d'un tiers. Dire que la destination naturelle d'un bien est de passer aux héritiers du propriétaire de ce bien, c'est nier le droit qu'a tout propriétaire de disposer soit au profit de ses héritiers, soit au profit d'un tiers. La stipulation de retour au profit du donateur et de ses héritiers ne serait une extension exagérée du droit de retour que si les héritiers avaient un droit préexistant sur les biens du donateur. Or, cela n'est pas. Reprendre un bien, ce n'est pas le reprendre pour soi et par voie d'extension pour ses héritiers : c'est le reprendre pour en faire l'usage que l'on préfère. Nos héritiers éventuels ne sont (en droit) que des tiers comme d'au-

tres par rapport à notre succession, tant que nous n'avons pas disposé à leur profit.

A notre avis, et pour nous résumer, il n'y a de véritable droit de retour que le droit de retour stipulé au profit du donateur. Stipuler le retour pour un tiers ou pour ses héritiers, c'est faire une substitution fidéicommissaire. Stipuler le retour pour soi et un tiers, pour soi et ses héritiers, c'est faire une disposition entachée d'une substitution pour le cas où l'on viendrait à mourir avant le premier gratifié.

Il nous reste à rendre compte de l'état de la jurisprudence.

§ 1. — Retour au profit du donateur.

I. — Sans doute, le retour stipulé au profit du donateur constitue à n'en pas douter une disposition conditionnelle permise ; mais il est quelquefois difficile de savoir si le donateur a réellement entendu stipuler le retour à son profit : les termes de la disposition peuvent prêter à l'équivoque.

Le donateur a, par exemple, fait par contrat de mariage une libéralité au futur époux et à ses descendants. Il a ajouté une clause subsidiaire portant que la donation serait éteinte si ledit futur époux décède sans enfants ou si ses enfants, après lui avoir survécu décèdent, sans laisser eux-mêmes de postérité.

La Cour de cassation (Sirey, 67.1.430) ne pense pas

qu'il y ait dans cette disposition droit de retour au profit des descendants du donataire et partant substitution prohibée. Sans doute la première partie de la disposition (donation au futur époux et à ses descendants), paraît bien conférer, prise isolément, un droit personnel aux enfants du donataire. Mais la clause ajoutée (donation éteinte si le donataire meurt sans enfants ou si ses enfants, après lui avoir survécu, meurent eux-mêmes sans postérité), prouve que l'intention du donateur a été de stipuler le retour à son profit. Les enfants n'ont pas de droit personnel à la disposition ; ils sont placés dans la condition suspensive du droit de retour. Ils recueillent en leur qualité d'héritiers du donataire, leur père, et non pas en leur qualité de gratifiés du donateur.

Nous ne pouvons comprendre, pour nous, comment les enfants du donataire, s'ils recueillent en qualité d'héritiers de leur père les biens donnés à celui-ci, ont pu être grevés par le donateur d'une clause de retour, pour le cas où ils mourraient sans postérité. Comment imposer une charge à quelqu'un sans le gratifier? Aussi verrions-nous, dans la disposition prise par le donateur, l'intention de transmettre successivement son bien d'abord au futur époux, puis à ses descendants. Nous comprendrions alors que le disposant, auteur de la libéralité faite aux enfants puisse stipuler des enfants donataires en second ordre telle clause que bon lui semble : le droit de retour en l'espèce. Mais faire une pareille disposition, c'est faire une substitution fidéi-

commissaire au profit des enfants du premier donataire.

II. — 4 sœurs sont dans l'indivision. Elles donnent 20.000 francs à 4 de leurs neveux. Elles stipulent que si les donataires meurent avant les donatrices, la chose donnée fera retour aux donatrices ou à la dernière survivante d'entre elles.

La Cour de Riom (1) considère que chacune des donatrices a stipulé le retour à son profit de la somme donnée et valide la disposition, en vertu de l'article 951.

M. Laurent (2) critique, à bon droit, cette solution. Donner à 4 une somme totale de 20.000 francs, c'est donner chacun 5.000 francs. Or, qui donne 5.000 ne peut stipuler le retour pour soi de 20.000.

La Cour de Riom prétend que, à l'égard des neveux, les 20.000 francs ont été donnés par les quatre sœurs, non pas d'une manière conjointe et séparée ; mais, en bloc, pour ainsi dire, à raison de l'espèce de solidarité qui les unit. On comprend dès lors que chacune des sœurs ait pu stipuler la restitution éventuelle de 20.000 francs à la masse indivise, étant une de ces personnes indivises qui, ensemble, ont donné 20.000 francs.

Ce raisonnement, pratique peut-être, n'a rien de juridique. Des propriétaires indivis ne sont pas des propriétaires solidaires. En réalité, il faut dire que chacune des

(1) Riom, 25 février 1825 sous la présidence de Grenier (Dalloz, au mot substitution).

(2) Laurent, Des Substitutions, tome 14, page 535.

donataires a séparément stipulé le retour des 5.000 francs qu'elle donnait, au profit des sœurs qui viendraient à survivre aux neveux donataires. Et il y a clause de retour au profit de celles des sœurs qui viendraient à vivre plus longtemps que les donataires et partant substitution fidéicommissaire.

§ 2. — Droit de retour au profit des tiers ou au profit des héritiers.

La jurisprudence voit là et à bon droit une substitution (S. 39.1.193 ; S. 45.2.7).

Mentionnons cependant, à titre d'exception, un arrêt isolé de la Cour de Paris confirmé par la Cour de cassation (S. 36.1.463) dont les termes paraissent faire croire que la Cour de Paris n'aurait pas considéré la clause de retour au profit d'un tiers comme constituant une substitution fidéicommissaire.

§ 3. — Clause de retour pour soi et ses héritiers.

La jurisprudence ne croit pas devoir analyser cette clause en une substitution prohibée (S. 47.2.7).

Nous avons donné plus haut les motifs qui nous déterminent à nous séparer sur ce point de la pratique de la jurisprudence française.

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS PORTANT SUR L'USUFRUIT ET LA NUE-PROPRIÉTÉ.

Deux libéralités distinctes portant l'une sur l'usufruit, l'autre sur la nue-propriété ne peuvent jamais constituer une substitution fidéicommissaire (art. 899). Sans doute, c'est à la mort de l'usufruitier que le nu-propriétaire acquerra l'usufruit qui avait été détaché de la pleine propriété. Mais s'il acquiert l'usufruit au jour de la mort de l'usufruitier, ce n'est évidemment pas des mains de ce dernier qu'il le reçoit. Le droit de l'usufruitier disparaît en effet au jour de sa mort et partant n'est plus susceptible de transmission. C'est par consolidation, non par transmission, que le nu-propriétaire voit, au jour de la mort de l'usufruitier, l'usufruit se joindre à sa nue-propriété pour lui conférer sur la chose un droit de pleine propriété.

Si je puis conférer à une personne l'usufruit et à une autre personne la nue-propriété, je puis aussi subordonner ma disposition soit en usufruit, soit en nue-propriété à telle condition que bon me semble. Et dire, par exemple : « Primus aura l'usufruit ; quant à la nue-propriété mon intention est de la léguer aux enfants de Primus.

Dans le doute où je suis sur le point de savoir si Primus aura des enfants au jour de sa mort je lègue cette nue-propriété à un tiers pour le cas où Primus n'aurait pas d'enfants ». En prenant pareille disposition, j'ai toujours fait conformément à l'article 899 deux actes d'aliénation entièrement distincts, l'un en usufruit au profit de Primus, l'autre en nue-propriété, soit au profit des enfants de Primus (s'il en a), soit au profit d'un tiers.

Et je puis encore, au lieu de disposer conditionnellement de la nue-propriété en faveur des enfants de mon légataire d'usufruit, disposer à titre conditionnel de cette nue-propriété en faveur de mon légataire d'usufruit lui-même. Je stipule par exemple que s'il ne se marie pas, a part que je lui ai attribuée en nue-propriété sera dévolue à un tiers. Qu'on ne dise pas ici que mon légataire d'usufruit aura été pour la durée de sa vie, en tout état de cause, plein propriétaire. Cela ne serait pas exact, car si mon légataire d'usufruit ne se marie pas, il n'aura jamais été, d'après mon intention, qu'usufruitier. Il mourra usufruitier, et le tiers appelé par la résolution de son droit ne recevra rien de ses mains, ni l'usufruit, car il est éteint, ni la nue-propriété, car d'après ma volonté, il ne l'aura jamaiseue.

Qu'en fait, maintenant, le légataire d'usufruit ait eu les biens entre ses mains pendant la durée de sa vie et en qualité d'usufruitier, et en qualité de nu-propriétaire sous condition résolutoire ; et que, au jour de sa mort, le tiers ait, à son tour, été investi et de la nue-propriété

et de l'usufruitier, cela n'est pas douteux. Mais, en droit, nous avons ici comme toujours deux dispositions très distinctes : l'une en usufruit au profit du légataire d'usufruit ; l'autre en nue-propriété au profit du tiers, mais affectée d'une condition dont la non-réalisation aura pour effet de rendre le légataire d'usufruit rétroactivement plein propriétaire, dont la réalisation au contraire le laissera simple usufruitier.

Je puis enfin transformer un de mes héritiers en légataire d'usufruit et l'investir, comme plus haut, de la nue-propriété, en la lui enlevant, s'il meurt en état de célibat. M. Demolombe se récrie (1) : Mais ce légataire d'usufruit dans la réalité des choses est un héritier.

Du jour du décès du testateur jusqu'au jour de son décès à lui, il est plein et entier propriétaire. Non pas, puisque le testament lui enlève sa qualité d'héritier pour ne lui laisser que la double qualité d'usufruitier et de nu-propriétaire sous une condition résolutoire susceptible de se réaliser au jour de son décès. Que la condition se réalise, et au jour du décès, ce légataire perdra sa qualité de nu-propriétaire et de plus, par sa mort, son droit d'usufruit. Il sera donc impuissant à transmettre quoi que ce soit au légataire de la nue-propriété, et c'est encore par consolidation que le nu-propriétaire, sous condition suspensive, deviendra plein propriétaire au jour de la mort du légataire d'usufruit.

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome 18, page 139. — Rejet, 29 juillet 1873. D. 73. 1. 52 et la consultation de Demolombe, *ibidem*, p. 53.

Mais la disposition conditionnelle, il ne faut pas l'oublier, est caractérisée par l'incertitude dans l'esprit du disposant. Que celui-ci, dès lors, ait voulu, dans la réalité des choses, déguiser, sous l'apparence d'une prétendue disposition conditionnelle l'intention où il était de disposer deux fois de son bien ; qu'il ait voulu rendre plein propriétaire, d'abord le légataire d'usufruit et ensuite le nu-propriétaire, et force sera bien alors de reconnaître l'existence d'une substitution fidéicommissaire.

L'intention du disposant nous paraît évidente dans la célèbre espèce Emmanuel Lézé qui a permis à la jurisprudence d'affirmer avec netteté la différence entre la substitution prohibée et le legs conditionnel (Cass. 30 avril 1855. S. 56. 1. 607).

Une dame Lézé lègue à un petit-fils la 1/2 qui constitue son disponible. Elle ajoute : Si E. Lézé, mon petit-fils, meurt sans enfants, je veux qu'il n'ait recueilli qu'en usufruit sur sa tête 1/2 de ma succession. Et alors je lègue la nue-propriété de cette 1/2 à mes neveux et nièces.

Ce qu'a voulu la dame Lézé, c'est d'abord gratifier en usufruit purement et simplement E. Lézé, son petit-fils. Puis ne sachant, si, au jour de sa mort, il aura des enfants, elle a, dans son incertitude, disposé conditionnellement au profit de ses neveux et nièces. Nous n'avons ici qu'un gratifié de la nue-propriété : ou le petit-fils, s'il a des enfants, ou les neveux et nièces, si E. Lézé n'a pas d'enfants.

La Cour de Caen a fait une sage application, suivant nous, des mêmes principes dans l'espèce suivante. Un testateur lègue tous ses biens à ses 3 neveux par égales portions. Il dispose, à l'égard de l'un de ses légataires que, s'il vient à mourir sans postérité, il n'aura que l'usufruit de son legs. La Cour de Caen valide la disposition : « Attendu que la veuve Letellier a, par son testament, fait à Valette, l'un de ses neveux, deux legs parfaitement distincts, l'un pur et simple de l'usufruit du tiers de tous ses biens, l'autre conditionnel de la nue-propriété de ce même tiers. Que le premier legs est incontestablement valable aux termes de l'article 899 du Code civil ; que le second est également autorisé par l'article 1040 du même Code » (Caen, 23 février 1875, D. P. 77. 2. 199).

La Cour d'Amiens, s'inspirant de l'intention du disposant et des termes du testament, a reconnu une substitution fidéicommissaire dans cette disposition : « J'institue X légataire de la nue-propriété de tous mes biens. Je veux que si mon légataire décède sans postérité, les biens reviennent à Y... » Le testateur avait voulu tout d'abord gratifier son légataire, puis, au jour de la mort de celui-ci sans enfants, attribuer les biens au tiers qu'il avait désigné. La Cour de cassation tenant pour constante cette intention formellement reconnue par les juges du fait a confirmé, à bon droit, l'arrêt de la Cour d'Amiens (Cass., 28 déc. 1881, D. P. 1882. 1. 248).

CHAPITRE V

LE LEGS CONDITIONNEL

Nous avons vu jusqu'ici la jurisprudence française poser avec netteté la distinction entre les dispositions conditionnelles et la clause de substitution mais se borner toujours, suivant la remarque de M. Labbé, à déclarer valables telles ou telles dispositions sans préciser les traits essentiels de ce qui reste prohibé. Nous nous sommes efforcés, autant que nous l'avons pu, de donner un appui juridique aux décisions pratiques de la jurisprudence. Nous avons essayé de montrer que la différence essentielle reconnue en fait par la jurisprudence entre la disposition conditionnelle et la substitution devait être ramenée en droit à la différence juridique qui sépare le *modus* de la *condition*. La substitution, c'est la clause d'inaliénabilité expressément insérée par le disposant qui entend rendre son bien immobile entre les mains du grevé pour imposer à ce bien une destination nouvelle au jour de la mort du grevé. La disposition conditionnelle au contraire dérive toute entière de l'état d'incertitude du disposant, à raison de l'ignorance où il se trouve sur l'arrivée d'un événement ; dans cette incertitude, il ne sait lequel des deux gratifier, ou Primus

ou Secundus ; il prend le parti de disposer parallèlement en faveur de tous deux, de remettre les biens à l'un d'entre eux pour l'instant et de laisser à l'événement le soin de venir consacrer son choix en se réalisant ou de venir le contrarier, en ne se réalisant pas.

Partant de cette différence de droit entre le *modus* et la *condition*, nous sommes arrivés (à quelques divergences près dont nous essayerons d'ailleurs de nous rendre compte) à justifier les solutions de la jurisprudence actuelle.

Mais la jurisprudence française soumise pendant longtemps à l'influence des doctrines qui niaient l'existence d'une différence essentielle entre la disposition conditionnelle et la substitution et faisaient de la clause de substitution une simple variété de la disposition conditionnelle n'est arrivée que par étapes successives à poser avec certitude la distinction qui nous intéresse. C'est cette évolution qu'il nous reste à décrire, en nous inspirant très largement d'une note publiée par M. Labbé en marge des arrêts des 19 mars et 18 juin 1875, et du 29 juillet 1873 (S. 74. 1. 5), arrêts qui, malgré les efforts de M. Demolombe, séparent d'une façon catégorique la substitution d'avec les dispositions conditionnelles (1).

I. — Pour nombre de jurisconsultes, la clause de substitution n'est rien autre chose que la disposition condi-

(1) La jurisprudence de la Cour de cassation est depuis constante (Voir notamment arrêt du 25 février 1885 (S. 85 1. 216) et arrêt du 1er juillet 1891 (S. 91. 1. 357).

tionnelle dans l'hypothèse où l'événement mis *in conditione* peut ne se réaliser qu'au jour de la mort du premier gratifié conditionnel. Les effets sont les mêmes dans les deux cas (nous avons eu trop souvent l'occasion de l'établir nous-mêmes pour y insister à nouveau), la cause doit donc être la même. Sans quoi, il serait par trop facile d'éluder la prohibition de l'article 896 en couvrant la clause de substitution des apparences d'une disposition conditionnelle. On sait également notre réponse. Les effets peuvent être les mêmes ; mais la cause est différente. La disposition conditionnelle est dictée par une indécision légitime ; la clause de substitution par une volonté ferme de disposer deux fois de son bien ; une fois au jour de sa mort ; une deuxième fois au jour de la mort du premier gratifié.

M. Labbé, de son côté, oppose à l'argumentation de nos adversaires une argumentation différente (au moins en la forme) que nous allons résumer et que nous essayerons même de ramener à la nôtre.

M. Labbé croit pouvoir concéder à nos adversaires que le legs *conditionnel* entraîne *charge* de conserver et de rendre. Dès lors, si l'effet de la condition est reporté au jour de la mort, nous aurons dans le legs conditionnel comme dans la substitution prohibée charge de conserver et de rendre au jour de la mort. Mais précisément, suivant M. Labbé, il n'est pas exact d'affirmer que la charge de conserver et de rendre à la mort soit la caractéristique essentielle de la clause de substitution.

Cela est évident pour le cas où la personne qui doit recueillir le bien au jour de la mort est celle-là même qui l'a donné. En second lieu, il en est de même quand la personne à qui le bien doit être remis au jour du décès est un des héritiers *ab intestat* du disposant. Enfin, même si c'est à un tiers que le bien doit être remis, la charge de conserver et de rendre à la mort peut ne pas toujours constituer une substitution fidéicommissaire.

Que la charge de conserver et de rendre à la mort n'entraîne pas substitution quand le bien doit faire retour à celui qui l'a donné : c'est là une vérité que nul ne songe à contester en présence des différences évidentes qui séparent la clause de retour de la clause de substitution, en présence du texte formel de l'article 951 et de l'article 896 lui-même.

Que la charge imposée au gratifié de conserver le bien sa vie durant et de le rendre au jour de sa mort à un des héritiers du disposant, ne constitue pas une substitution, voilà qui paraît incontestable à M. Labbé. C'est aussi, nous le savons, la manière de voir de la jurisprudence (1). L'héritier du sang n'est pas un appelé ; quand les biens lui font retour, ils rentrent, pour ainsi dire, dans le patrimoine du disposant auquel l'héritier a succédé ; le mouvement légitime et normal de la dévolution héréditaire est rétabli ; il n'y a donc pas ordre successoral arbitrairement voulu par le disposant : le bien revient,

(1) Du moins quand le disposant a stipulé le retour pour soi et ses héritiers.

après un détour, à sa destination naturelle, à la famille du disposant. On sait que, pour nous, il n'est pas de différence essentielle entre la charge de conserver et de rendre à la mort à un héritier du disposant et la même charge insérée au profit d'une personne quelconque. Les héritiers n'ont aucun droit préexistant sur la fortune de leur auteur. Suivant nous, donner d'abord à un étranger ; puis, après lui, appeler nos héritiers aux biens qu'il a recueillis, c'est instituer comme légataire d'abord l'étranger gratifié en premier lieu, puis, et au jour de sa mort, disposer à nouveau en faveur de nos héritiers éventuels qui, sans cette attribution, ne pourraient en rien prétendre à la chose définitivement sortie de notre patrimoine ; c'est, par deux fois, régler et à notre gré l'ordre de dévolution successorale de nos biens.

Mais M. Labbé va plus loin et estime qu'il peut être parfaitement régulier de léguer des biens à une personne en *exprimant la volonté* que, si elle meurt sans enfants par exemple, les biens passeront à une autre même étrangère à la famille du disposant. La charge de conserver et de rendre à la mort d'un tiers n'est plus la caractéristique essentielle de la substitution. Ce que M. Labbé déduit ainsi très logiquement en partant toujours de l'idée qu'un legs conditionnel entraîne charge de conserver et de rendre : « Je puis, dit-il, assurément léguer sous une condition suspensive consistant en un événement de nature à se réaliser à la mort d'une tierce personne : si un tiers meurt sans enfant. Je puis d'un autre

côté, léguer sous une condition résolutoire de nature à se réaliser à la mort du légataire : si le légataire meurt sans enfants. Comment ces deux legs, isolément valables deviendraient-ils nuls parce qu'ils se rapporteraient tous deux aux mêmes biens? Je lègue un immeuble à Paul, legs résoluble si Paul meurt sans enfants. Ce legs est valable. Je lègue ce même immeuble à Pierre, si Paul meurt sans enfants. Pourquoi ne pourrais-je pas disposer au profit d'un tiers, sous une condition suspensive, d'un immeuble que j'ai pu faire rentrer dans ma succession par l'effet d'une condition résolutoire dont j'ai affecté le premier legs? Nous ne voyons pas le motif ».

La charge de conserver et de rendre au jour de sa mort à une tierce personne n'est donc pas, conclut M. Labbé, nécessairement une substitution. Mais alors quelle est donc la charge de conserver et de rendre à la mort qui va constituer la substitution prohibée par l'article 896? M. Labbé répond. La charge de conserver et de rendre prohibée par l'article 896, la substitution suppose que le disposant « a voulu étendre son empire et le règne de sa volonté aussi loin que possible, et n'abandonner qu'à regret au grevé la pleine propriété et la libre disposition ». La charge de conserver et de rendre permise suppose que le disposant « subordonne son legs et la faculté de disposer librement des biens qu'il donne à une condition qu'il est naturel et normal pour l'homme de remplir, par exemple, laisser en mourant une postérité légitime. Il ne reprend la disposition des biens

que dans la prévision d'une hypothèse rare dont il ne désire pas la réalisation ».

Mais, si les deux dispositions sont moralement distinctes ; si l'une doit être permise et l'autre prohibée, toujours est-il, dit M. Labbé, que toutes deux entraînent charge de conserver et de rendre au jour de la mort, ce que défend l'article 896. A l'aide donc de quel signe juridique pourrons-nous discerner la charge de conserver et de rendre permise d'avec la charge de conserver et de rendre prohibée? M. Labbé dit : « Il y a substitution fidéicommissaire nulle lorsqu'un bénéficiaire est chargé de conserver et de rendre à sa mort à des personnes dont l'existence et la capacité ne se rechercheront qu'à la mort du premier gratifié et non du disposant. Transmettre de seconde main à des personnes qui peuvent n'avoir pas été conçues avant la mort du testateur, tel est le trait essentiel ». Nulle difficulté pour appliquer ce critérium, si, en fait, le second gratifié n'était pas conçu au jour de la mort du testateur : pas de legs conditionnel qui se comprenne ; toujours substitution prohibée. Mais si la personne qui reçoit de seconde main, est conçue au jour du décès du testateur, ne va-t-il pas falloir apprécier l'intention du disposant ? Evidemment, à moins que l'on ne dise que toute disposition par laquelle on charge une personne de transmettre un bien au jour de sa mort à une autre personne conçue au jour du décès du disposant est une disposition permise. Ce que nul ne songe à soutenir. Mais, comment apprécier alors l'intention du

disposant? En voyant, nous dit M. Labbé, si le disposant a distribué vraiment les biens entre ceux qui l'ont touché dans sa vie, s'il a fait uniquement ce qu'il avait le droit de faire, la distribution de sa fortune, sous des conditions diverses, entre ceux de ses contemporains qui lui survivent, auquel cas la *double transmission* successive ne se rencontre pas ; la résolution enlève tout droit au premier gratifié, *celui-ci n'a rien à transmettre.*

Mais alors, dirons-nous, s'il n'a rien à transmettre, c'est donc qu'il n'était pas *chargé* de conserver et de rendre ; c'est donc que le legs conditionnel n'entraîne pas obligation de conserver et de rendre ; ce qu'a fait le disposant, c'est gratifier un de ses contemporains pour le cas seulement où il aurait des enfants et *dans son incertitude* sur le point de savoir s'il aurait une postérité, en appeler éventuellement, conditionnellement, un autre à recueillir les biens transmis à la première. Il y a donc, suivant nous, une différence de nature, entre la substitution et le legs conditionnel. La substitution est une charge imposée, un *modus*. Le legs conditionnel, comme toute disposition conditionnelle, est basé sur l'incertitude qui existe dans l'esprit du disposant. Avec cette interprétation, nous n'avons ainsi rien à ajouter au texte même de l'article 896 ; nous croyons rendre un compte exact de la volonté du testateur ; et enfin nous arrivons à justifier les solutions de la jurisprudence la plus récente. Réserve faite toutefois des décisions relatives à la clause de retour au profit des

successeurs *ab intestat*, décisions qui pourraient au surplus se justifier dans notre système, à la condition de soutenir que l'héritier du sang continue la personne juridique et sociale du défunt, et qu'ainsi la clause de retour au profit de l'héritier n'est autre chose que la clause de retour au profit de la personne du défunt que l'héritier soutient et continue.

II. — Quoiqu'il en soit d'ailleurs, pendant longtemps, doctrine et jurisprudence ont confondu les dispositions à condition retardée jusqu'au jour de la mort avec les substitutions prohibées. Puis, plus tard, on essaya d'établir une distinction entre les dispositions sous condition suspensive et les dispositions sous condition résolutoire. Léguer sous condition résolutoire, disait-on, c'est léguer la propriété d'abord au propriétaire sous condition résolutoire, puis la léguer à une seconde personne pour le cas où la condition viendrait à se réaliser ; c'est, par conséquent, insérer une charge de conserver et de rendre à la mort à une tierce personne. Léguer sous une condition suspensive, c'est laisser la propriété en suspens jusqu'au jour où, la condition venant à se réaliser, l'attribution de propriété sera fixée d'une manière définitive. Avant l'arrivée de la condition, pas de gratifié. A l'arrivée de la condition, un seul et unique gratifié, le légataire sous condition suspensive. Ce legs ne nous offre donc pas l'image d'une double transmission de la propriété du même bien ; mais d'une transmission unique de propriété survenant après un intervalle

pendant lequel la propriété n'appartient à personne.

Nous ne nous attarderons pas à la réfutation de ce système. Il repose tout entier, selon nous, sur une conception fausse de l'idée de condition. Il nous paraît inexact de dire que, avant la réalisation de la condition suspensive, la propriété n'appartient à personne. Un propriétaire devenu propriétaire sous une condition qui suspend l'attribution de propriété à son profit appelle forcément, à titre de complément, un propriétaire devenu (ou resté) propriétaire sous la même condition qui va suspendre la résolution de la propriété à son détriment. Et ces règles ne reçoivent, en droit français, aucune dérogation en matière d'hérédité. Qu'une condition suspensive rende le droit du légataire incertain quant à son acquisition, et, par une conséquence forcée, la même condition rendra le droit de l'héritier incertain quant à sa conservation. Il n'y a donc pas deux sortes de « condition », l'une suspensive qui laisserait le bien sans maître ; l'autre résolutoire qui fixerait le sort de la propriété, sauf résolution ultérieure ; il n'y a qu'une seule condition basée sur l'état d'incertitude du disposant, condition qui crée l'incertitude dans l'attribution de la propriété dont elle suspend l'acquisition pour la personne qui a chance d'acquérir le bien et la résolution pour la personne qui a chance de le perdre.

III. — On a encore essayé d'établir parmi les conditions retardées jusqu'au jour de la mort une autre distinction, suivant que la condition pouvait se réaliser

avant le jour du décès du premier gratifié ou suivant qu'elle devait se réaliser nécessairement au jour du décès du premier gratifié. Le legs fait à une personne sous la condition résolutoire de son décès sans enfants est une substitution prohibée : car forcément, au jour de son décès seulement, on saura si elle est morte sans enfants. Le legs fait à une personne sous la condition résolutoire de sa mort en état de célibat est un legs conditionnel permis, car, bien avant le jour de son décès, l'incertitude née de la condition peut disparaître, et la propriété partant devenir incommutable.

Cette théorie ne peut nous satisfaire, car elle part de l'assimilation (que nous n'avons plus à réfuter) entre les legs à condition retardée jusqu'au jour de la mort et la substitution prohibée. Elle apporte à cette assimilation un correctif très ingénieux, mais rejeté très généralement comme arbitraire, par les partisans de la théorie de l'assimilation (Cass., Sirey, 56.1.83 ; Sirey, 69.1. 355).

CHAPITRE VI

DES SUBSTITUTIONS CONDITIONNELLES.

Nous n'aurons que peu de mots à en dire. Car c'est d'elles précisément que nous nous sommes toujours efforcés de distinguer les dispositions conditionnelles. Une substitution pure et simple ne peut évidemment se confondre en aucune manière avec un legs conditionnel. Je vous charge au jour de votre mort de rendre à Secundus un bien que je vous laisse. Aucun doute n'est possible, il y a substitution. Mais que j'ajoute : « si vous avez des enfants audit jour de votre décès » ; et le doute apparaît. La condition apposée « si vous avez des enfants » porte-t-elle sur l'*ensemble de la disposition* ? Ai-je disposé conditionnellement ou au profit de Primus ou au profit de Secundus ? Ceci est permis, car en tout état de cause, il n'y aura qu'un gratifié, ou au contraire la condition apposée porte-t-elle uniquement sur la clause de substitution ? Ai-je disposé d'une manière certaine en faveur de Primus (disposition pure et simple), mais en ajoutant à ma disposition une charge de restitution conditionnelle ? (Substitution conditionnelle). Cela est défendu, car j'ai pris, au moins conditionnellement, deux dispositions avec *ordo successivus*, l'une au profit de Primus, l'autre au profit de Secundus.

Mais c'est là le problème que nous avons essayé de résoudre au cours de notre travail, nous demandant toujours si le disposant avait voulu avoir deux gratifiés successifs (*modus*) ou seulement, en tout état de cause, deux gratifiés alternatifs (condition).

Résumons, en terminant, une consultation de MM. Labbé et Bufnoir du 20 février 1890, qui met très bien en relief la distinction entre le legs conditionnel et la substitution prohibée conditionnelle.

Le testateur avait légué à sa femme tous ses biens en usufruit et la 1/2 de ses biens en nue propriété. Il avait légué d'autre part à son frère Ernest la nue propriété de l'autre 1/2. Et il ajoutait : « Dans le cas où la fille de mon frère Ernest viendrait à décéder avant son père, toute la part léguée à Ernest devra au jour de son décès (Ernest), aller à ma femme Caroline ou à ses héritiers... Je ne veux pas que la moindre des choses m'appartenant revienne à la branche de mon frère Alfred ».

Le disposant a-t-il voulu disposer une première fois au profit de son frère Ernest, et une seconde fois au profit de sa femme, sans effacer la première transmission au profit de son frère Ernest ? Il y a inaliénabilité voulue et stipulée, *ordo successivus*, substitution. A-t-il au contraire, ne sachant lequel des deux gratifier, ou son frère ou sa femme, pris le parti de disposer sous une condition résolutoire (le prédécès de sa mère) au profit de son frère et sous condition suspensive au profit de sa femme ? Il y a disposition conditionnelle.

Recherchons l'intention du testateur et voyons s'il a disposé en faveur de son frère ou de sa femme ou s'il a disposé en faveur de son frère puis conditionnellement une seconde fois en faveur de sa femme.

Tout nous révèle ici l'intention de disposer successivement en faveur de son frère, puis en faveur de sa femme. 1° Le testateur a voulu écarter, lui-même le dit, de sa succession, son frère Alfred et la descendance de celui-ci. Et pour cela, il a pris soin de régler la dévolution des biens dont il dispose, et dans sa propre succession, et dans la succession de son frère qui les a recueillis. Il fait en sorte que les biens transmis à son frère ne puissent, comme le voudrait le jeu normal de la dévolution héréditaire, revenir à son frère Alfred, si Ernest mourait sans postérité. Il établit, et de par sa volonté, un ordre successoral particulier ;

2° Il va, à cet effet, jusqu'à disposer au profit de personnes incertaines, au profit des héritiers de sa femme ;

3° Même au cas où le retour des biens s'opère entre les mains de la femme elle-même ; ce retour se fait sans effacer la première transmission au profit du frère du testateur. Tout le prouve : l'esprit général du testament ; la substitution conditionnelle insérée dans le même membre de phrase au profit des héritiers, et, qui plus est, les termes mêmes du legs. Car si le testateur avait hésité à léguer à son frère ou à sa femme, voulant que la nue propriété des biens passent à la femme si son frère venait à perdre sa fille, c'est au jour du décès de la

fille que, la condition se réalisant, le legs aurait été résolu. Attendu surtout que (la jouissance étant laissée à la femme) le frère n'a aucun intérêt à retarder la restitution effective. Et pourtant l'ouverture du droit de la femme, la résolution du legs, n'a lieu qu'au jour du décès du testateur. Il faut donc bien reconnaître, disent MM. Bufnoir et Labbé que le testateur a entendu maintenir le droit du premier légataire, en reculant d'autant l'ouverture du droit de la veuve, même après l'événement que l'on voudrait présenter comme opérant résolution ; c'est-à-dire que, dans sa pensée, même à l'égard de la veuve, il y a une seconde transmission, une substitution conditionnelle et non pas un simple legs conditionnel...

Tout porte donc à conclure que le disposant a voulu statuer d'abord au profit de son frère ; puis (si cela devenait nécessaire pour écarter son autre frère) une seconde fois au profit de sa femme.

CONCLUSION

Nous nous sommes efforcés en droit de légitimer la distinction de fait posée par la jurisprudence entre la clause de substitution et les dispositions conditionnelles. Ces complications eussent été évitées, à notre avis, si l'on avait nettement envisagé la clause de substitution comme une variété de la clause d'inaliénabilité. L'inaliénabilité d'un bien a pour but ou d'assurer la conservation du bien dans une famille ; ou de permettre au disposant de faire par deux fois acte de maître sur le même bien ; ou de lui donner la faculté de prendre en considération l'intérêt légitime d'une tierce personne. Il eût suffi de permettre au disposant d'insérer la clause d'inaliénabilité, même pour la durée de la vie du grevé, à la condition de n'agir que dans l'intérêt sérieux et appréciable de l'appelé. Le domaine de la substitution permise eût été ainsi quelque peu élargi sans danger ; et l'on aurait ainsi épargné aux testateurs l'obligation de recourir aux distinctions les plus subtiles pour essayer d'atténuer la loi avec la loi elle-même.

TABLE DES MATIÈRES

DES DISPOSITIONS CONDITIONNELLES QUI ÉCHAPPENT A LA PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. — Distinction théorique entre la clause de substitution et les dispositions conditionnelles. 7

CHAPITRE PREMIER. — Le *Modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'un tiers correspond à la *définition* de la substitution 7

CHAPITRE II. — Le *Modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'un tiers présente les *caractères* de la substitution. 14

CHAPITRE III. — Le *Modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'un tiers rend compte des *effets* juridiques de la substitution. . . . 19

CHAPITRE IV. — Des inconvénients actuels de la clause de substitution. 29

CHAPITRE V. — Rapports étroits entre les dispositions à condition retardée jusqu'au jour de la mort et les substitutions fidéicommissaires. — Leur distinction. 33

DEUXIÈME PARTIE. — Distinction pratique de la substitution et des dispositions conditionnelles. 43

CHAPITRE PREMIER. — La substitution vulgaire 43

CHAPITRE II. — Le droit d'accroissement 49

CHAPITRE III. — Le droit de retour 57

CHAPITRE IV. — Disposition portant sur l'usufruit et la nue propriété. 66

CHAPITRE V. — Le legs conditionnel. 71

CHAPITRE VI. — Les substitutions conditionnelles 82

CONCLUSION 87

POSITIONS

I. — Positions prises dans les thèses.

THÈSE ROMAINE : *Des substitutions fidéicommissaires.*

I. — En matière de succession testamentaire, le fidéicommis universel organisé par le droit impérial a fait prévaloir le droit individuel du disposant à régler, dans son intérêt personnel le sort de ses biens au jour de sa mort.

II. — La défense de tester imposée à une personne s'analyse en un fidéicommis *de residuo* au profit de ses successeurs *ab intestat.*

III. — Les principes du droit prétorien sur la quasi-tradition expliquent la validité de l'obligation imposée à l'usufruitier de rendre à un tiers les biens légués.

IV. — Le droit du grevé est un droit de propriété affecté d'une clause d'inaliénabilité qui le rend temporaire dans la pensée du substituant.

V. — La nature juridique de la substitution explique qu'elle puisse être valablement insérée au profit d'un appelé non conçu.

VI. — C'est de son propre chef, et en vertu de l'analogie avec le fidéicommis que le tiers bénéficiaire du *modus* put exiger, depuis Dioclétien, l'exécution de la charge imposée en sa faveur dans la donation *sub modo.*

THÈSE FRANÇAISE : *Des dispositions conditionnelles qui échappent à la prohibition des substitutions.*

I. — La clause de substitution diffère, par sa nature même, des dispositions conditionnelles et des dispositions à terme ; elle est une disposition modale et le *modus* dont elle est affectée est le *modus* d'inaliénabilité la vie durant au profit d'une tierce personne.

II. — Les principes généralement admis sur la nécessité du concours de deux volontés pour réaliser la formation du lien obligatoire forcent à conclure à l'impossibilité juridique de la clause de substitution insérée dans une donation.

III. — En fait, les dispositions à condition retardée pour le propriétaire sous condition suspensive jusqu'au jour de la mort d'un premier gratifié sous condition résolutoire produisent les mêmes effets que la clause de substitution ; en droit, l'intention différente du disposant, les sépare.

IV. — Le droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur constitue une substitution.

V. — Le legs conditionnel n'entraîne pas charge de conserver et de rendre.

II. — Positions prises en dehors des thèses.

A. DROIT ROMAIN.

I. — Le consentement du fils devint nécessaire pour l'émancipation, réserve faite cependant du cas où le père aurait eu de justes motifs pour émanciper le fils malgré lui.

II. — Le droit romain n'a jamais connu la compensation légale.

III. — Les Romains ont distingué le contrat en faveur du tiers et le contrat par l'intermédiaire d'un représentant.

IV. — La femme ne peut renoncer à son *privilegium dotis* ; elle ne peut pas le céder.

V. — Toute exception est prétorienne.

B. DROIT CIVIL.

I. — C'est *à titre de peine* non par interprétation de la volonté du disposant que la loi efface la condition juridiquement impossible insérée dans un acte à titre gratuit.

II. — La dette alimentaire est due d'après un ordre hiérarchique ; elle n'est ni solidaire ni indivisible.

III. — Le créancier, au profit duquel, pendant l'indivision, une hypothèque a été constituée par un héritier, ne peut exercer de droit de préférence sur la portion du prix de licitation de l'immeuble dû par le co-héritier adjudicataire à l'héritier auteur de la constitution d'hypothèque.

IV. — Les meubles incorporés à un immeuble grevé d'hypothèques demeurent affectés à la garantie de la créance du vendeur de ces meubles, et cela même à l'encontre des créanciers hypothécaires.

C. DROIT PÉNAL.

I. — La violation du secret professionnel est indépendante de la question de bonne foi.

II. — Le recéleur est, en tout état de cause, le complice et rien que le complice du voleur.

D. PROCÉDURE CIVILE.

La saisie-arrêt est une mesure à la fois conservatoire et exécutoire : un légataire à titre particulier peut lancer un exploit de saisie-arrêt avant la demande en délivrance.

E. DROIT COMMERCIAL.

La faillite d'une société nulle pour défaut de publicité ne peut être prononcée si les associés ont des créanciers personnels.

Vu :
Le professeur, président de la thèse,
D. DANJON.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne), 30, passage Verdeau, Paris

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne), 30, Passage Verdeau, Paris.